الاستثمار والرقابة الشرعية

في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية

دراسة فقهية وقانونية ومصرفية

دكتور عبد الحميد محمود البعلي



النا...
مكتبة ...
١٤ شارع الجمه...
القاهرة - ت - ٣٩١٧٤٧٠

دكتور عبد الحميد محمود البعلي

كلية الشريعة والقانون بدمنهور
جامعة الأزهر

الاستثمار والرقابة الشرعية

في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية

دراسة فقهية وقانونية ومصرفية

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة - ت ٣٩١٧٤٧٠

الطبعـــة الأولى

١٤١١ هـ — ١٩٩١ م

دار التوفيق النموذجية للطباعة
ت : ٩٢٥٣٠٤
الأزهر ، ٣ [illegible] - بجوار جامع [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ ـ يقول الله تعالى : **﴿ ولقد صرفنا فى هــذا القرآن للناس من كل مثل ، وكان الانسان أكثر شىء جدلا ﴾(١) .**

فالقرآن الكريم بكلياته وجزئياته منهاج حيــاة لأولى الألبــاب يكفل للناس الخير فى الحيــاة الأولى وفى الآخرة ، وتوضحه الســنة النبوية تبيــانا لكل شىء ما احتاج النــاس الى بيان وهداية . وتطهير المــال والاقتصاد من الباطل بكافة صــوره وأساليبه قصة عسل وكفاح البنوك والمؤسسات المــالية الاسلامية ورجالهــا الصادقون فيما عاهدوا الله عليه فى أن يحلوا حلاله ويحرموا حرامه ما استطاعوا الى ذلك سبيلا.

ويشــاء قدر هذه المؤسسات أن تظهر فى وقت عم فيه الفســاد والافساد فى العالم شرقه وغربه وشاعت البلوى فى التعــامل بالمحرم وتعانقت المشاكل من كل نوع حتى إن الانسان أصبح هلوعا جذوعــا يؤسا كنودا منوعا لا ملجأ لــه من الله الا اليه بتطبيق شريعته والعمــل بأحكام الاسلام ، ومن يبتغ غير الاسلام دينــا فلن يتقبل منــه وهو فى الآخرة من الخاسرين خسر الدنيــا والآخرة وأولئك الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيــا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا .

لذلك كانت المحددات الشرعية والضوابط الأصولية للعمل المصرفى الاسلامى توضح هويته وتبرز عالميته حتى تربوا أموال الناس بالحــق

(١) الكهف : ٥٤

وتتسع لتلبية وسد حاجاتهم المتعددة والمتجددة فى كل زمان ومكان وبحسبه رفعا للضيق ودفعا للمشقة وجلبا للتيسير وتحقيقا للخير فى حياة الناس جميعا ◆

ومن هنا كانت التبعة الملقاة على عاتق تلك المؤسسات المالية والمصرفية الاسلامية بكل أشكالها وكان الابتلاء الذى يواجهه العاملون فيها مستخدمين فى ذلك كل أدوات العصر ومستحدثاته أو منجزاته الهائلة ◆

وقد فرض كل ذلك اعداد هذا البحث تبيانا للضوابط الشرعية الحاكمة فى كل مراحل عمل ونشاط المصرف الاسلامى محيلين فى التفاصيل والجزئيات الى مظانها العلمية والعملية وأعمال لجان الفتوى والهيئات الشرعية ◆

ومما يجدر التنويه به أن تناولنا للموضوعات الفقهية أو القانونية أو المصرفية انما هو بالقدر اللازم لحاجة الموضوع محل البحث دون الاستطراد الى مسائل أخرى قد تكون من مكملات الموضوع الفقهى أو القانونى أو المصرفى من حيث هذا الموضوع فى ذاته ◆

كما قد يستلزم الأمر التعرض للمسألة أكثر من مرة ولكن من زاوية أخرى أو لارتباطها بالموضوع محل البحث من ناحية جديدة ◆



٢ ـ تجربة العمل المصرفى والاقتصادى الاسلامى :

تأتى كتابة هذا البحث فى ظروف خطرة تمر فيها البنوك والمؤسسات المالية والاستثمارية الاسلامية بعملية تقييم شاملة ، ونظرة واعية فاحصة ومدققة ، ولا بد ازاء كل ذلك أن تقف تلك المؤسسات وقفة حساب ومحاسبة حتى لا تُفرط أو تَفرط فلا يُفرَط عليها أو تُفرِّط هى فى أمر نفسها ، وهنا لا بد من أمرين جوهريين هما :

١ ـ المراجعة والتفتيش والوقوف على ما عساه أن يكون موجودا من قصور أو تفريط فى الأموال والأعمال والأشخاص •

٢ ـ الرؤية النافـذة المستقبلية لمـا يجب أن تكون عليـه تلك المؤسسات بكل مكوناتها من استيعاب لمستحدثات العصر الفنية والادارية والتنظيمية وتقديم البدائل ذات الطبيعة الخاصة والمستخلصة من أصولها والمحققة لمقاصدها والملبية لحاجاتها المتعددة والمتجـددة باستمرار حتى لا تتخلف تلك المؤسسات بجمودها عن اثبات وجودها المتجدد وتحقيق المقدرة والكفاءة الكافية والملائمة فى كل زمان ومكان وبحسبهما •

لقد كانت أول محاولة قانونية أو نظامية للعمل المصرفى والاقتصادى الاسلامى باصدار نظام بنك ناصر الاجتماعى فى مصر سنة ١٩٧١ ، اذ نص قانون البنك ونظامه الأول مرة على عدم التعامل بنظام الفائدة أو الربا أخذا وعطاء •

ثم كانت أول تجربة عملية للعمل المصرفى الاسلامى الجاد والحقيقى بانشاء بنك دبى الاسلامى فى سنة ١٩٧٥ تلته تجربة بيت التمويل الكويتى فى مارس سنة ١٩٧٧ ثم بنك فيصل الاسلامى المصرى فى أغسطس سـنة ١٩٧٧ والسودانى سنة ١٩٧٧ وهكذا كثرت البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية •

ومما يجدر ذكره أن هنـاك كيانات مالية واستثمارية ظهرت على الساحة العملية وفى المجال الاقتصادى ، واتخذت من الشريعة الاسلامية شـعارا لممارساتها ، وأكثر من ذلك اذ نصت هذه الكيانات فى نظمها الأساسية على ذلك المبدأ ولكنها لم تكن قـد أعدت لهـذا الأمر عدته لا على المستوى العلمى أو الفكرى أو الفقهى ولا على المستوى التنظيمى والادارى ولا على المسـتوى التشـغيلى أو توظيف أموالها بما يكفل حفظها والمحافظة عليها فتمخض كل ذلك عن أسوأ كارثة اقتصادية لم تكد تفق منها المجتمعات التى ظهرت فيها تلك الكيانات الاقتصادية ، وألقت

بظلالها الكئيبة على النفسية العامة للناس ووقع من الفساد والتهارج فى مصالح العباد ما أثر على حياتهم اليومية .

ومثل تلك الكيانات التى فعلت غير ما قالت ضربه الله للناس فى القرآن آية فقال تعالى : ﴿ **مثلهم كمثل الذى استوقد نارا فلما أضاءت ما حوله ذهب الله بنورهم وتركهم فى ظلمات لا يبصرون** ﴾(1) . والتشبيه فى الآية غاية البلاغة فالنار اشراق واحراق ، ولو صدق مشعلوها لأضاءت وأشرقت ، ولو كذبوا أحرقت ودمرت ، ولقد ساعد على اشعالها تجريد الحملات الاعلانية المضللة بغير حماية ، ولذلك كان النور فى الآية بصيغة المفرد ، لأن سبيل الحق واحد ، وكانت الظلمات بصيغة الجمع لأن سبل الضلال كثيرة .

كما تأتى الكتابة فى هذا البحث وقد تخطت المؤسسات المالية والاستثمارية الاسلامية ذات الأنظمة القانونية الصادقة فى كل مكان من الأرض مرحلة التجريب والتجربة وأصبحت ذات نظم قانونية مستقرة ، ومن ثم تعمل فى اطار من الشرعية الدستورية والقانونية التى تمثل جزءا من سيادة الدولة ، وبذلك أصبحت هذه المؤسسات من معالم النشاط الاقتصادى العالمى والمحلى على المستوى الجزئى والكلى فى الاقتصاد، ويتعين بالتالى أن يحسب حسابها فى السياسات الاقتصادية والنقدية والمصرفية والمالية حتى يمكن الاستفادة بها ومنها بالقدر الملائم والأسلوب الأمثل لطبيعة نشاطها وأدائها وتنظيماتها .

ولا يجب أن ننتهى من مقدمة البحث بغير أن نركز على البنك الاسلامى للتنمية بجدة الذى مر فى انشائه بالمراحل الآتية :

١ ــ صدر بيان العزم بانشاء البنك الاسلامى للتنمية فى الاجتماع الأول لوزراء الدول الاسلامية بمنظمة المؤتمر الاسلامى الذى عقد فى مدينة جدة فى ٢٤ من ذى القعدة سنة ١٣٩٣ هـ (١٨ من ديسمبر سنة ١٩٧٣ م) .

---

(1) البقرة : ١٧

٢ ــ فى ٢٢ رجب من عام ١٣٩٤ هـ (١٠ أغسطس سنة ١٩٧٤ م) صادق المؤتمر الثانى لوزراء مالية الدول الاسلامية الذى انعقد بجدة على اتفاقية تأسيس البنك الاسلامى للتنمية على أن يبدأ سريان هذه الاتفاقية فى ١٢ من ربيع الآخر عام١٣٩٥ هـ (٢٣ من ابريل سنة ١٩٧٥م).

٣ ــ عقد بمدينة الرياض الاجتماع الافتتاحى لمجلس محافظى البنك الاسلامى للتنمية فى ١٧ من رجب عام ١٣٩٥ هـ (٢٦ من يوليو سنة ١٩٧٥ م) وتم الافتتاح الرسمى للبنك فى ١٥ من شوال عام ١٣٩٥هـ (٢٠ من أكتوبر سنة ١٩٧٥ م) .

وبذلك استغرقت عملية انشاء البنك حتى افتتاحه أكثر من ثلاث سنوات كاملة ولا شك أنه حدث مصرفى واقتصادى اسلامى عالمى من وقت انشائه وحتى الآن أكثر من أى وقت مضى اذ بلغ عدد أعضائه (٤٥) دولة من دول منظمة المؤتمر الاسلامى .

والبنك فى تحقيق أهدافه وأسلوب نشاطه يعمل طبقا لمبادىء الشريعة الاسلامية السمحة .

وتفرض المتغيرات والمستجدات الدولية الحالية وعلى رأسها تهاوى النظام الاشتراكى فى أصوله الفكرية لعجزه عن أن يقدم الخبز لأهله بعد تجريب ــ لم يرق الى كونه تجربة ــ استمر أكثر من سبعين عاما من الزمان امتطى فيها الانسان الفضاء وصعد الى الكواكب الأخرى غير كوكب الأرض .

كما تفرض الأزمات الاقتصادية الطاحنة والمجاعات المبيدة والمنتشرة والغلاء الجموح والبطالة الكئيبة وما يصاحبها من تفشى ظواهر الاجرام الحديث وما واكب كل ذلك من انحلال بكل مظاهره ، كل ذلك يفرض على البنك الاسلامى للتنمية بوصفه بنك الدول والحكومات الاسلامية فى منظمة المؤتمر الاسلامى أن يتحمل مسئوليته التاريخية فى قيادة العمل المصرفى والاستثمارى والاقتصادى الاسلامى ، وترشيد وحماية النماذج

المصرفية والاستثمارية الاسلامية القائمة فى بقــاع الأرض من خــلال قنوات قوية وروابط متينة تتعدد أشكالها وتتنوع صيغها ويكون بحق بنك البنوك .

﴿ رب اشرح لى صـــدرى . ويسر لى امــرى . واحـــلل عقـــدة من لســـانى ﴾(١) .

والله الموفق ،

د . عبد الحميد البعلى

* * *

(١) طـــه : ٢٥ ــ ٢٧

فصل تمهيدى

الأحكام العملية
فى مفهوم البنك الإسلامى ونشاطاته

● الأحكام العدلية فى مفهوم البنك الاسلامى .

ـ الأفـراد والـوعى التدريبى الفقهى .

ـ البنك الاسلامى يعمل طبقـا لمقاصد الشريعة الاسلامية .

ـ الحلال والحرام أساس ممارسات البنك الاسلامى .

ـ عدم التعـامل بالربـا بجميـع صوره .

● الأحكام العدلية فى نشاطات البنك الاسلامى .

ـ أهم ضوابط العقود فى الفقـه الاسلامى .

ـ عقود المشاركات وأهم ضوابطها فى الفقه الاسلامى .

المبحث الأول

الأحكام العدلية فى مفهوم البنك الاسلامى

أولا ــ الأفراد والوعى التدريبى الفقهى :

يقول الله تعالى : **﴿ اقرأ باسم ربك الذى خلق . خلق الانسان من علق . اقرأ وربك الأكرم . الذى علم بالقلم . علم الانسان ما لم يعلم ﴾(١) .**

ويقول تعالى : **﴿ الرحمن . علم القرآن . خلق الانسان . علمه البيان ﴾(٢) .**

ومن هذه الآيات الكريمة نستدل على أمرين جوهريين هما :

١ ــ العلم .
٢ ــ التطبيق العملى أو الممارسة .

والأمر الأول يسبق الثانى حتما والثانى بغير الأول يكون عشوائيا ، وكلا الأمرين تجمعهما بوتقة التدريب لاحداث التغيير المطلوب فى المعارف والاتجاهات والقدرات والمهارات ثم تنميتها مع اكساب مهارات جديدة باستمرار .

ويعقب كل ذلك عمليات القياس والتقييم والمتابعة وهكذا حتى تتهيأ الطاقات البشرية القادرة والكامنة لحمل الأمانة وأداء المسئولية . والعلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية مهمة ليست سهلة اذ يجب أن تواكب باستمرار حركة الواقع فهما وابداعا وفى ذلك فليتنافس المتنافسون عطاء غير مجذوذ ، فمن كان يرجو لقاء ربه فليعمل عملا صالحا فالعمل الصالح عبادة والاستعانة عليه واجبة والهداية

---

(١) العلق : ١ ــ ٥ (٢) الرحمن : ١ ــ ٤

الى المطلوب ووضوحه أمر لا بد منه ليتحقق مقصود الشرع من الخلق فالشريعة مبنيــة على مصالح العبــاد فى الدنيــا والآخرة ، واخلاص النيــة لله تعالى أمر لا بد منــه فمن خلصت نيته فى الحــق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين بما ليس فيه شــانه الله .

(من كتاب عمر فى القضاء)

* * *

ثانيا ــ البنك الاسلامى يعمل طبقا لمقاصد الشريعة الاسلامية :

بالأحكام الشرعية يتم قصد الشارع من وضع الشريعة ، وبامتثال الأحكام تتحقق مصالح الخلق ، والمصالح باعتبار آثارها فى قوام أمر الأمة تنقسم الى ثلاثة أقسام :

ــ الضروريات . ــ الحاجيات . ــ التحسينيات .

(أ) الضروريات :

وهى ما لا بد منه فى قيام مصالح الدين والدنيــا وتكون الأمــة بمجموعها وآحادها فى ضرورة الى تحصيلها بحيث اذا فقــدت لم تجر مصالح الدنيــا على استقامة بل على فســاد وتهارج وفى الآخرة فوت النجاة والنعيم ، ومجموع الضروريات خمس هى :

١ ــ حفظ الدين . ٢ ــ حفظ النفس .
٣ ــ حفظ العقل . ٤ ــ حفظ النسل .
٥ ــ حفظ المــال .

وزاد البعض : العرض .

وعلى هذه الأمور مجتمعة يقوم أمر الدين والدنيــا وبالمحافظة عليها تستقيم الحيــاة .

(ب) الحاجيات :

وهى ما يحتاج اليه الناس فى حياتهم من حيث التوسعة ورفع الضيق

المؤدى فى الغالب الى المشقة والحرج بفوات المطلوب دون أن يختل نظام حياتهم كما فى الضروريات ، فاذا لم تراع الحاجيات دخل على الناس فى الجملة الحرج والضيق والمشقة .

ومعظم المباح فى المعاملات راجع الى الحاجى .

(ج) التحسينيات :

هى كل ما يقصد به سير الناس فى حياتهم على أحسن منهاج فيها يكون كمال حال الأمة فى نظامها فالتحسينيات لها وجهان :

أولاهما : يظهر المنهج على أكمل حال ويظهر الناس على أحسن نظام وكلاهما من كمال التشريع وتمامه .

ثانيهما : البعد عن الأحوال التى تأباها الفطرة وتفر منها العقول السليمة الراجحة وبهذا الوجه يظهر جلال وجمال الوجه السابق للتحسينيات .

وبهذين الوجهين يظهر أن التحسينيات لا ترادف الكماليات على ما هو شائع اذا كانت الأخيرة مما يتصادم مع كمال التشريع أو يظهر الانسان على نحو غير سوى أو غير متوازن ويخرجه عن حد الاعتدال بمقتضى ميزان الشرع .

• الحاجات الأساسية فى ضوء مقاصد الشرع :

المصالح والحاجات الأساسية للناس فى ضوء المقاصد الضرورية تتمثل فيما لا بد منه لقيام أمر حياتهم من عقيدة دينية وغذاء وشراب وملبس ومسكن ومواصلات وصحة وتعليم .. وما يستلزمه الوفاء بتلك الحاجات من حرف وصنائع وتجارات ومن ثم توفير الموارد المالية اللازمة وحسن توزيعها .

ويتبع الضروريات والوفاء بحاجاتها الأساسية توفير ما يرفع الضيق والحرج والمشقة فى حياة الناس من الحاجات الحاجية فيما يتعلق بغذائهم وشرابهم وكسائهم ومسكنهم ... الخ .

والبنك الاسلامى كمؤسسة مالية يجب أن يضطلع بهـذا الدور الحيوى فى حياة الناس من خلال نشاطه وممارساته •

* * *

ثالثا ـ الحلال والحرام فى ممارسات البنك الاسلامى :

ان معرفة الحكم الشرعى فى مسألة (ما) هى النتيجة (العملية) لعلم الفقـه وعلم الأصول ، فالمجتهد يتعامل مع المسـألة المطروحة عليـه فى ضـوء معطيات علم أصـول الفقـه ليستنبط الحكم الشرعى العملى من الدليل الشرعى التفصيلى •

والحكم الشرعى قد يكون طلب فعل أو الكف عن فعل وتركه أو التخيير بين الفعل والترك وكل ذلك يسمى بالحكم التكليفى ، وقد يكون الحكم الشرعى ما فيه جعل الشىء سببا لشىء أو شرطا له أو مانعا منـه وكل ذلك يسمى بالحكم الوضعى ، وسمى الحكم التكليفى «تكليفا» لأنه يتضمن تكليف الانسان المكلف بالفعل أو الترك أو تخييره بينهما ، وسمى الحكم الوضعى بذلك لأن فيه وضع الشىء سببا لشىء أو مانعا منه ؛ وقـد يكون الحكم الوضعى هو الاطار الذى يقع فى داخله متعلق الحكم التكليفى ، فالصلاة مثلا وهى متعلق الحكم التكليفى لا توجد الا بعـد وجود السبب وهو دخول الوقت ، وتحقق الشرط وهو الوضوء وانتفاء المـانع من نحو الاغماء والحيض •

وتأسيسا على ما تقدم : فان طلب الشارع من المكلف الترك والكف عن الفعل على سبيل الجزم والحتم والالزام فهو الحرام ، وان كان هذا الطلب على غير سبيل الالزام أى غير ملزم فهو المكروه ، وان جعل الشارع المكلف مخيرا بين الفعل والترك فهو المباح •

أما ان طلب الشـارع من المكلف على سبيل الحتم والالزام فهو الواجب ، وان كان طلب الفعل على غير سبيل الالزام فهو المندوب •

وعلى ذلك فالحرام عند الجمهور هو ما طلب الشارع من المكلف

الكف عن فعله على وجه اللزوم بدليل قطعى أو ظنى مثل أكل أموال الناس بالباطل ، وأساس تحريم الأفعال ما يكون فيها من ضرر محقق ومفسدة غالبة تترتب على اتيانها .

والمكروه عند الجمهور هو ما طلب الشارع من المكلف الكف عنه على غير سبيل الالزام بأن كان منهيا عنه واقترن النهى فقط بما يدل على أنه لم يقصد به التحريم ، وعلى ذلك فالمكروه يمدح تاركه ويثاب اذا نوى بتركه التقرب الى الله ولا يذم فاعله ولا يأثم وان كان ملوما مثل ما جاء بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « ان الله حرم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعا وهات ، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال » .

أما ان جعل الشارع المكلف مخيرا بين الفعل والترك فالفعل مباح ويقال له « الحكم التخييرى » والمباح هو الحلال مثل قوله تعالى : **﴿ اليوم أحل لكم الطيبات ﴾(١)** .

وقد قسم الشاطبى(٢) — رحمه الله — المباح من حيث خدمته للمطلوب الى أربعة أقسام هى :

(أ) مباح بالجزء مطلوب الفعل بالكل على وجهة الوجوب : كالبيع والشراء والاكتساب الجائز عن طريق الزراعة والصناعة والتجارة ، فلكل شخص (طبيعى أو معنوى) أن يفعل هذه الأشياء وأن يتركها ولكن لا يجوز للمجموع الاتفاق على تركها جملة لأنها من ضرورات المجتمعات .

(ب) مباح بالجزء مطلوب الفعل بالكل على جهة الندب كالتمتع بما فوق الحاجة من طيبات الأكل والشرب والمركب والملبس ، فهذه الأشياء لو تركت جملة لكان ذلك مكروها اذ هو على خلاف ما ندب اليه الشارع فى عموم الأدلة .

---

(١) المائدة : ٥ (٢) انظر الموافقات جـ ١

(جـ) مباح بالجزء مطلوب الترك بالكل وهو المباح الذى تقدح المداومة عليه فى عدالة الشخص وتوازنه كاللهو واعتياد الحلف والأكل فوق الشبع ، فالاعتياد على هذه الأمور المباحة غير محمود مطلوب الترك .

(د) المباح بالجزء مكروه الفعل بالكل كالتنزه واللعب المباح فهذه الأشياء مباحة بأصلها الا أن المداومة عليها واتخاذها ديدنا مكروه فكل مباح ترتب على الاكثار منه بعض الضرر فهو مكروه أما ان كان الضرر جسيما كان حراما .

* * *

رابعا ــ عدم التعامل بالربا بجميع صوره :

لقد تعددت مسميات الربا التوقيفية والاصطلاحية ، فهناك ربا الفضل أو ربا النسيئة أو ربا القرآن وربا الجاهلية أو ربا الديون وربا البيوع أو الربا الجلى (النسيئة) والربا الخفى ، كما تعددت العلل فى تحريم الربا وهى : الثمنية ــ الوزن والكيل مع اتحاد الجنس ــ الطعم مع اتحاد الجنس ــ الاقتيات والادخار مع اتحاد الجنس .

وربا النسيئة هو : الزيادة المشروطة على الدين مقابل الأجل .

وربا الفضل هو : زيادة عين مال شرطت فى عقد البيع على المعيار الشرعى وهو الكيل والوزن مع الجنس .

ويجب أن يؤخذ فى الحسبان دائما أن الربا أو الزيادة المشروطة فى المعاملة الربوية سواء أكانت ثابتة أو متغيرة ينظر فيها الى رأس المال ــ أى تحسب بالنظر الى رأس المال لا الى العائد أو الربح المتحقق من العملية الاستثمارية وهو اعتبار جوهرى فى تحريم الربا .

وللمنهج الاقتصادى فى الاسلام بصدد عدم التعامل بنظام سعر الفائدة الربوية موقف محدد وحاسم لا لبس فيه ولا تلبيس هو :

١ ـ أن النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها :

واذا وقعت المخالفة فى هذا المبدأ الاقتصادى الاعتقادى وقع من الفساد فى المعاملات ما لا يعلمه الا الله .

وقديما قالوا عنادا : لِمَ يحرم علينا سعر الفائدة فى المعاملات ؟ انما البيع مثل الربا ، وهى مقولة مردودة لما تقوم عليه من تخبط وخلط لا يقره عقل ولا دين يقول الله تعالى :

﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾(١) .

ووجه الشبه بين الربا والبيع قيام كل منهما على المبادلة والتمليك ولكن الاختلاف الحاسم بينهما أن المبادلة والتمليك فى الربا على شىء من نفس جنسه أو مثله ، اما المبادلة والتمليك فى البيع على شىء من غير جنسه وهو العوض أو الثمن مقابل المال أو الحق المالى محل البيع ومن ثم كانت الزيادة فى الحالة الأولى ربا محرم سواء أكانت تلك الزيادة حقيقية اذا كانت من نفس جنس الشىء أو مثله ،أو كانت تلك الزيادة حكمية فى حالة اختلاف الأصناف أو الجنس وهى الزمن ، والزيادة فى هاتين الحالتين لا تصادف فى ذاتها مقابلا فى عناصر المعاملة أو المبادلة وان سوغ البعض اضفاء مبررات لها ، ومن المسلم به أنه شتان بين قيام المبادلة على العدل القائم على التعادل بين التزامات طرفى المبادلة أو المعاوضة وبين قيام المعاملة حين انعقادها وليس بحسب مآلها على اثراء أحد الطرفين ــ وهو هنا المعطى ــ على حساب الطرف الآخر ــ وهو هنا الآخذ ــ وان كان كلاهما فى الحكم سواء ويتمثل ذلك الاثراء بوضوح فى أخذ زيادة بدون مقابل ماثل فى عناصر المعاملة ولا علاقة كما سبق بعناصر المعاملة التى تقوم عليها والتى وقع فيها الخلل ابتداء بما يترتب عليها من آثار قد تكون ايجابية أو سلبية ــ أى ربحا أو خسارة ــ وبذلك يقع

---

(١) البقرة : ٢٧٥

الاستغلال فى المعاملة منذ اللحظة الأولى بصرف النظر عن نتائجها التى قد تأتى لصالح الآخذ أو ضده •

٢ ـ مسميات الربا :

وتصوير المسألة على نحو ما سبق أغرى البعض أو أدى بالبعض الى اللبس أو التلبيس فسمى الربا بغير اسمه على حين أن حقيقة المعاملة الربوية واحدة فى كيفية وقوعها ومن ثم قالوا من هذه المسميات ما يأتى :

(أ) الربا ثمن : وذلك تأثرا بوجه الشبه بين الربا والبيع ، وهذا القول هو فى نفس الوقت اهدار لحقيقة البيع القائم على أن العوض وهو الثمن فى مقابل الشىء المبيع وهو من غير جنسه قطعا بصرف النظر عن طريقة الأداء حالا أو نسيئة •

وقطعا لدابر الخلاف اشترطت المادة ٤١٨ من القانون المدنى المصرى فى الثمن أن يكون نقديا ونصت على أن : « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » •

ولم تشترط المادة ٤٦٥ من القانون المدنى الأردنى فى العوض فى عقد البيع أن يكون من النقود فنصت على أن : « البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض » •

ومسلك القانون المدنى المصرى يمنع الخلط بين البيع والمقايضة ومن ثم كان الأولى فى نظرنا وان كانت المقايضة نوع بيع الا أنها تتم بأسلوب المقايضة على حين أن المعاوضة مقابل ثمن نقدى تتم بأسلوب البيع أو تخصصت بمسمى البيع ومن هنا فلا محل للخلط بين المقايضة والبيع وهو ما آثرته المادة ٤١٨ من القانون المدنى المصرى •

(ب) الربا أجر (أو الفوائد أجر) : وهذا اللبس أوحى به المشرع فى

المـادة ٥٤٠ من القانون المدنى المصرى اذ نصت على أنه : « اذا استحق الشيء فان كان القرض بأجر سرت أحكام البيع .. » .

ونص فى المـادة ٥٤٢ على أنه : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها فاذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » .

ومؤدى النص الأخير أن القانون المدنى المصرى اعتبر الفوائد المتفق عليها أجرا للقرض ، على حين أن القانون اشترط فى المـادة ٥٣٨ منه أن يرد القرض بمثله فى مقداره ونوعه وصفته ، ونصت على أن :

« القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر على أن يرد اليه المقترض عند نهـاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته » .

ونستطيع هنـا أن نحلل الموقف القانونى على النحو التالى :

ان الأصل فى القرض أن يرد بمثله فى مقداره ونوعه وصفته دون اعتداد بارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفـاء ، وهذا ما نصت عليه المـادة ١٣٤ من القانون فقالت :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » .

واذا كان ما سبق هو الأصل فى القرض فان القانون أجاز للمتعاقدين الاتفاق على الفوائد بشرط ألا تزيد عن السعر الذى حـدده . واعتبر القرض فى هذه الحالة بأجر أى اذا تم الاتفاق على الفوائد .

لمـا كانت عبارة « الأجر » تدل مباشرة على المنفعة المتحصلة مقابلا للأجر أو بدلا عنها فلا يساورنا شك فى أن المشرع اعتبر الفوائد المشروطة هى أجر المنفعة التى سيحصل عليها المقترض من المبلغ الذى اقترضه سواء أكانت تلك المنفعة استهلاكية أو انتاجية أى اذا استهلك المقترض القرض

مباشرة فى اشباع حاجاته الاستهلاكية التى تنتهى بالاستعمال أو استعمله فى اقامة مشروعات انتاجية أى ثمره لحسابه ، وعلى الرغم من أن الغالب من الأحوال أن المقترض يحصل على منفعة من القرض الا أن المشرع أغفل حالة ما اذا لم يتمكن المقترض من الحصول على ثمة منفعة من القرض ، وأيا كان السبب لذلك فعلى أى أساس من عناصر عقد القرض يحصل المقرض على الزيادة المشروطة على القرض ، هنـا يكون ثمة خلل قـد وقع فى عناصر المعاملة اذا أخذ المقرض زيادة بغير مقابل على مبلغ القرض ومن ثم وقوع الظلم بدلا من التعادل أو العدل فى التزامات الطرفين ، ولذلك وصف الربا بالظلم أو هو نوع ظلم يحيق بالمقترض يقترفه المقرض بالاتفاق مع المقترض أو يفرضه القانون نفسه فى حالة تأخر المدين فى الوفاء بالقرض .

(جـ) **الربا تعويض** : وهو ما نصت عليه المـادة ٢٢٦ من القانون المدنى المصرى حيث قالت :

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ... وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وهذا اللبس بين الفوائد أو الربا والتعويض أوحى به المشرع أيضا على نحو ما جاء بالنص السابق يقطع فى الدلالة على أن المشرع افترض أن الفوائد القانونية تمثل منفعة المقرض عن « الفرصة البديلة » التى كان من الممكن للدائن أن يستغل فيها مبلغ القرض لولا تأخر المدين فى الوفاء بالقرض أو بالدين ، والتعويض هنا كجزاء قانونى الزامى عن التأخير فى الوفاء بالدين من جنس الفعل بافتراض أن المدين يستغل مبلغ القرض ويدر عليه عائدا ، ولذلك لم تشترط المـادة ٢٢٨ مدنى مصرى على الدائن أن يثبت حصول ضرر لحقه من هذا التأخير فى الوفاء بالدين ، والمشرع هنـا حمى مصالح الدائن على حساب مصلحة المدين الذى قـد يكون

استهلك القرض فى أغراض استهلاكية أو استعمله فى أغراض انتاجية أحيط بثمارها أو بها فى ذاتها ومن هنـــا يقع الخلل فى عناصر المعاملة ويكون الظلم وبصفة خاصة اذا لم يكن هناك ثمة ضرر قد حاق بالدائن هذا فضلا عن أن المشرع وقد اعتبر أن أساس التعويض فى هذه الحالة « مجرد التأخير » فى الوفاء بالدين ومن تاريخ المطالبة القضائية ما لم يكن قد تحدد تاريخ آخر بسوجب الاتفاق أو العرف التجــارى أو نص القــانون •

وعنصر التــأخير الذى هو أســاس التعويض لا تفســير له غير « الزمن » ، وتحديد قيمته بمــا حــدده القــانون من مقدار الفائدة أيا كان ، ولا شك عندنا أن هذا المسلك من المشرع غاية فى « التحكم » الذى ترضــه نظام الفائدة الربوية فى المعاملات وليس له فى هــذا التحكم أســاس ســائغ من المنطق أو الواقع ، اذ كيف يتم تقدير الزمن مجردا وهو أمر غير مادى بالنقود ، هــذا وان جــاز تقــدير المنفعــة المتحصــلة من الزمن أى حيث يرتبط عنصر الزمن بعنصر آخر وهــو العــمــل ، فيكون التقدير لتلك المنفعة المتحصلة وكأن الزمن عنصرا فيها لكنه اختلط أو امتزج بعمل وشيء ، ونتج عنهما شيء يجوز تقويمه باعتباره ثمرة أو منفعة عنصرا الزمن والعمل على الأقل •

(د) **الربا عمولة** : لقد أوحى بهذا اللبس أيضا نص المــادة ٢/٢٢٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن :

« ٢ ــ وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعهــا اشترطها الدائن اذا زادت هى والفــائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مســتترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما ثبت أن هــذه العمــولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقيــة يكون الدائن قد أداها ولا منفعــة مشروعة » •

وتناقش هذا النص من ناحيتين هما :

أ ـ المفهـــوم :

ومفهـوم هـذا النص يشـير الى حقيقـة الربـا أو الفـائدة وهى أنه لا تقابله « خدمة حقيقية أو منفعة مشروعة » وهـذا هو فعلا جوهر المعاملة الربوية كما تدل عليـه عناصرها الأساسية ابتداء لا انتهاء فالغاية من المعادلة الربوية محتملة بمعنى قـد تحقق هدفها أو لا تحقق ومن ثم كان مدارها على الظن والتخمين وان كان الغالب فيـه حصول المنفعة لكنه ليس الأعدل فى التزامات الطرفين والذى يجب أن يحققـه القانون ويحميه باعتبار أن النص القانونى فى جوهره عنوان الحق والعدل القائم على عـدم الحيف أو الميل فى المعـاملة على طرف لحسـاب طرف آخـر .

٢ ـ صريح النص :

يدل النص السـابق بمنطوقه على أن العمولة التى لا تقابلها خدمة أو منفعة حقيقيـة يكون الدائن قد أداها تعتبر فائدة مسـتترة تخفض الى الحد المسـموح به قانونا للفائدة ، وبذلك أوصد القـانون باب التحايل على سـعر الفائدة ، وما يهمنا ابرازه فى هـذا الخصوص هو أن المشرع اعتبر العمولة فائدة أو ربا اذا لم تكن تقابلها خـدمة حقيقية أو منفعة مشروعة ، وفى نفس الوقت وضـع معيارا حاسـما للتفريق بين العمولة والربا أو الفائدة ، فالعمولة وفقا لهذا المعيار تعتبر مقابلا لعمل مشروع يؤدى خدمة حقيقية لصـالح المدين بها .

(هـ) الربـا والربح (المتيقن والمتوقع) :

١ ـ مفهوم كل منهما :

يقول الله تعالى : ﴿ قل لا يستوى الخبيث والطيب ولو أعجبك كثرة الخبيث ﴾(١) .

(١) المـائدة : ١٠٠ .

ان مدار الاختلاف الجوهرى بين الربا والربح يرجع الى قاعدة اقتصادية ونقدية مدارها : « ان النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها » .

فليس الربا الا صورة مؤثمة من صور الاتجار فى النقود ولكنها من أخطر الصور التى تؤدى الى أن تأكل النقود نفسها بفعل التضخم وما يترتب على ذلك من آثار ضارة متعددة ومتنوعة ومتعدية الى نواحى الحياة الاقتصادية .

وعلى هذا الأساس نخلص الى تبسيط معنى الربا — مع الأخذ فى الاعتبار مستحدثات العصر وما ثار فيه من تلبيس(1) — فنقول انه :

« الاتفاق فى الحال لا بحسب المآل على ما يأخذه المرابى من نسبة ثابتة أو متغيرة زائدة من رأس المال المؤجل قبضه » .

وعلى هذا النحو نخلص الى أن المبلغ النقدى المأخوذ بالزيادة على أصله منسوبا الى رأس المال المدفوع حال الدفع ولو كان مقسطا يعتبر ربا ولو أطلق عليه مسمى آخر كفائدة أو عائد ، وهذا هو جوهر التفرقة بين الربا والربح ، فالربا مبلغ متيقن والربح مال متوقع مظنون ولو غلب على الظن تحققه فمرده الى أمر لم يحصل بعد على عكس الربا فمرده الى أمر متيقن متحقق وهو مقدار رأس المال المدفوع فعلا .

وتأسيسا على ذلك فلا تعادل بين طرف يأخذ نصيبه من مال متيقن وهو رأس المال المدفوع فعلا وطرف آخر يأخذ نصيبه من مال متوقع وهو عائد المشروع أو الاستخدام ، هذا فضلا عما اذا أخذنا فى الحسبان أن رأس المال نفسه قد يهلك ومن ثم ينعدم التعادل فى الحقوق والالتزامات المترتبة على المعاملة وهو الظلم الذى حل محل العدل باعتبار أن الأخير أساس للتصرفات العدلية ومن ثم كان « الظلم » أحد علل الربا التى قال بها البعض .

---

(1) يقول الامام ابن القيم : « ... ولكن نحن أبناء الزمان ، والناس بزمانهم أشبه منهم بآبائهم ولكل زمان دولة ورجال » اعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٠١ بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد — دار الفكر — بيروت .

ولذلك تعددت أسباب استحقاق الربح فى المـال والعمل والضمان وفى ذلك يقول الامام الكاسانى[1] :

« ان الربح انما يستحق ... اما بالمـال واما بالعمل واما بالضمان ... أما ثبوت الاستحقاق بالمـال فظاهر لأن الربح نماء رأس المـال فيكون لمـالكه ولهذا استحق رب المـال الربح فى المضاربة ، وأما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك ، وأما بالضمان فان المـال اذا صـار مضمونا على المضـارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له ... » .

ونخلص الى أن الربح نماء المـال الناتج أو المتولد من تقليبه[2] .

وعلى ذلك فالربا والربح لا يلتقيان فى مسمى أو فى معنى أو فى سبب أو فى نتيجة .

(د) الربا ــ أو الفائدة ــ لجبر الفرق فى قيمة النقود حال انخفاضها :

لقد حسم المشرع الوضعى هذه المسألة بما نصت عليه المـادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى من أنه :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقـود آو لانخفاضـها وقت الوفاء أى أثر » .

ولا شـك عندنا أن المسلك القانونى قد جـاء معبرا عن الواقع ومتفقا مع التحليل الفنى الدقيـق للمسألة وذلك على النحو التالى :

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٤٥ طبعة القاهرة .

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر : محمود السيد الفقى ــ مفهوم الربح فى الفقه الاسلامى ــ دراسة مقارنة ص ٤٢ ــ رسالة ماجستير كلية التجارة جامعة الأزهر .

١ ـ فمن الناحيـة الواقعية فان مقولة أن الفائدة لجبر انخفاض قيمـة النقـود تغفـل أو تتجافى مع أمـر منطقى عملى هو أن وقت أو زمن انعقاد العقـد الذى محل الالتزام فيه نقودا أى عقـد القرض غير زمن الوفاء بهذا الالتزام ومن ثم فان قيمة النقود فى الزمن الأول اذا اختلفت عن قيمتها فى الزمن الثانى بالانخفاض فان النقود التى يتم الوفاء بها لا يتم انفاقها فى زمن انعقاد العقد حتى تتم المحاسـبة على أساس هذه الفروق فى القيمة والتى تشـكل فى هذا الوقت ضررا يحيق بالدائن وانما يتم انفاقها فى نفس زمن الوفاء بها لا فى زمن انعقاد العقد وهو ماضى حتما ومن ثم تتحدد قيمة النقود فى زمن الوفاء بها لا بالقياس الى زمن انعقاد العقـد اذ لا يتصور ولا يتم انفاقها فيـه وعلى ذلك فتحديد القيمة فى زمن لاحق بالنظر الى القيمة فى زمن سـابق واقتضاء الفرق فى حالة الانخفاض فى القيمة متمثلا فى شكل فائدة أو ربا يكون على غير أسـاس سـليم من الواقع حيث يتم انفـاق الدين فى زمن الوفاء به وبقيمته التى تحددها العوامل والعناصر المـاثلة فى ذلك الوقت دون غيره وهى متغيرة باستمرار فى كل زمان بحسبه •

ولا تعـارض بين ما سـبق وبين ما هو متعـارف عليـه فى علم الاقتصاد مما يسـمى بالأسـعار القياسية وسنة الأساس فذلك يستخدم كمؤشر لمتابعة دراسـة تغيرات الأسعار ومن ثم توقع نسبة التغير فيها وأثر ذلك على الموارد والاسـتخدامات أو الايرادات والنفقـات وهلم جـرا •••

٢ ـ ومن ناحية التحليل الفنى للمسألة فان النقود أموال مثليـه لا قيمية ولا يتصـور أن تكون غير ذلك فالنقود باعتبارها وسـيط للتبادل ومقياس للقيم لا بد أن تتماثل آحادها وتتخذ سكة مضروبة تحظى بالقبول العـام فى زمان معين ومكان معين ، وعلى ذلك فلا يتصـور أن تتبادل النقود الا بمثلها عددا ووصفا والا وقع الخلل فيهـا بذاتها : فالنقود بذاتها أموال مثلية تتبادل بمثلها عددا ووصفا وهـذا هو العدل

فيها وفى اتخاذها مقياسا لغيرها من قيم الأشياء واذا قلنا بغير ذلك أى اعتبرناها أموالا قيمية فكيف تعاير نفسها أو تقيس نفسها وما وجدت الا لكى تكون أثمانا لغيرها من القيم واذا اصطلح على كون النقود أثمانا لغيرها فكيف تثمن نفسها وذلك غير متصور الا أن يقع الخلل فى تلك الوظيفة العادلة والحاسمة للنقود بأن تتبادل بمثلها وزيادة وبذلك تخرج عن طبيعتها ووظيفتها ويضطرب النظام النقدى برمته ويصيبه المس والتخبط ومن ثم النظام الاقتصادى القائم عليه .

* * *

المبحث الثانى

الاحكام العدلية فى نشاطات البنك الاسلامى

أولا ـ اهم ضوابط العقود فى الفقه الاسلامى :

١ ـ الأصل فى العقود (الاباحة) :

وهو ما عليه جمهور الفقهاء اذ يرى أن الأصل فى العقود الجواز والاباحة فحرية التعاقد مكفولة للناس ما لم تشتمل على محظور شرعى .

والوفاء بالعقود واجب لقوله تعالى : **« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »(١)**

والنص القرآنى أوجب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، وتصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان :

عبادات وعادات يحتاجون اليها فى دنياهم والأصل فى العادات عدم الحظر الا ما حظره الله ورسوله(٢) .

واذا كان ذلك فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة وما لم تحد له فى ذلك حدا ، ومن القواعد الفقهية :

« الثابت بالعرف كالثابت بالنص » .

وهذه القاعدة كافية لفتح باب التعاقد واطلاق حركة الابداع العقلى فى تقديم صيغ عقود جديدة تواجه متطلبات الممارسات العملية وهنا تقوم القواعد العرفية والعادات الموحدة دورا هاما فى تحديد الالتزامات التعاقدية قطعا للنزاعات بين المتعاقدين يقول الله تعالى :

« خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين »(٣) .

---

(١) المائدة : ١ — (٢) الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ٢١

(٣) الأعراف : ١٩٩

٢ ــ الضوابط الفقهية فى المعقود عليه :

(أ) أن يكون محل العقد قابلا لحكم العقد شرعا .

فاذا كان المحل غير قابل لحكم العقد لا يصح أن يرد عليه العقد كأن يكون الشيء غير مال أو مال غير متقوم كالخمر والخنزير أو نهى الشـــارع عنه .

(ب) أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد .

فلا يجوز أن ينعقد بيع المعـــدوم وما له خطر العـــدم الا المنـــافع فلا يتصور وجودها ضد التعاقد نظرا لطبيعتها واستثنى البعض عقـــدى السلم والاستصناع .

وأجاز ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وغيرهما من الحنابلة التعاقد على المعدوم فى كل العقود ما دام قـــد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر وامتنع التنازع فالمحظور عنـــدهم هو بيع الغرر لا بيع المعـــدوم (اعلام الموقعين جـ ٢ ص ٣٥٧) فالنهى عن بيع المعدوم انما لمـــا ينطوى عليه من غرر وما يؤدى اليه من جهالة ومغامرة .

ونستطيع أن نخلص الى حقيقة فقهية مؤداها أن الفقهاء المسلمين يشترطون خلو المعقود عليـــه من كل غرر يؤدى الى تنازع ويفضى الى خـــلاف .

● **الغـــرر** : والغرر هو الذى لا يدرى هل يحصل أم لا ؟

وأما ما علم حصـــوله وجهل صفته فهو المجهول .

والغرر والجهالة ثلاثة أقســـام :

ــ كثير ممتنع اجماعا .

ــ وقليل جائز اجماعا .

ــ ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثانى ؟

على أن الغرر الكثير واليسير والمتوسط والذى تدعو اليه الضرورة تختلف تطبيقـــاته من بيئة الى أخـــرى وفى عصر عن عصر بل ويختلف باختلاف الأنظار اليـــه •

(جـ) أن يكون المعقود عليه ممكن التسليم •

فمحل العقد يجب أن يكون مقدور التسليم بغير ضرر ، وان كان معجوز التسليم عنـــد العقد لا ينعقد العقد وان كان مملوكا للبائع ، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ما لم يرضى البائع بالضرر ويسلم المبيع •

(د) أن يكون المحل معلوما للطرفين علمـــا ينفى الجهالة الفاحشة والمفضية الى النزاع ويتحقق العلم بالرؤية أو بالاشـــارة عنـــد البعض أو بالوصف والتعيين تعيينا واضحا ببيان جنســـه ونوعه ومقـــداره على تفصيل بين الفقهاء بحسب طبيعة المعقود عليه •

٣ ــ الارادة العقـــدية وعيوبهـــا :

تنقسم الارادة العقدية الى قسمين هما :

(أ) الارادة الباطنـــة •

(ب) الارادة الظـــاهرة •

والارادة الباطنة وهى النية تقوم على الاختيار والرضا •

اذا وجدت الارادتان متوافقتـــان مع شروطهما المعتبرة تم العقـــد وترتبت عليه آثاره ، أما اذا كان هناك عدم توافق بين الارادتين فان ذلك يظهر على الوجـــه التالى :

١ ــ انتفاء الارادة الحقيقية الى التعاقد أو الارادة الباطنة مثـــل حالة صورية العقود وكما فى المواضعة والتلجئة •

٢ ــ أو أن تكون الارادة الحقيقية مشكوك فيهـــا وهو ما يعبر عنه بعيوب الارادة أو عيوب الرضـــا وهى : الاكراه والغـــلط والتدليس والغـــبن •

وتركز فيها على ما هو أكثر اتصالا وفائدة فى نشاطات العمل المصرفى الاسلامى مثل :

● **الغلط :**

حالة يتصور فيها العاقد ويتوهم غير الواقع وقد يقع فى المعقود عليه من ناحية جنسه أو وصفه أو قد يقع فى قيمته وقد يقع فى الشخص اذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد .

ويشترط فى الغلط بجميع صوره أن يكون ظاهرا غير مستتر فى ضمير العاقد ويستفاد ظهور الغلط من كلام العاقد ودلالة الحال وظهور عيب فى المعقود عليه .

● **التدليس :**

يكون باستخدام وسائل احتيالية لاخفاء عيب فى المعقود عليه واظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد ويطلق عليه الفقهاء أحيانا اسم التغرير .

والتدليس ثلاثة أنواع هى :

- تدليس عملى أو فعلى وقد تكون باضافة صفات غير حقيقية الى المعقود عليه كبيع النجش والتدليس فى المرابحة وغيرها .
- تدليس قولى كالكذب الدافع الى التعاقد قد يكون فى ثمن السلعة أو سعر السوق ، وكالتغرير بالمتعاقد بمعلومات مضللة كما فى بياعات الأمانة وبيع المسترسل .
- تدليس بالكتمان كالتغاضى عن ذكر عيب فى المعقود عليه وهو معلوم لديه .

● **الغبن :**

عدم التماثل بين العوضين فى القيمة ولا يعلمه المغبون أثناء التعاقد .

وقد يكون يسيرا أو فاحشا والأخير ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وأهل الخبرة .

وحدد البعض للغبن حدا معينا فحدده بنصف عشر القيمة الحقيقيه للمعقود عليه ، وحدده البعض بأكثر من نصف عشر القيمة فى العروض والعشر فى الحيوان والخمس فى العقار ، وحدده البعض بالثلث وبالسدس فهذه النسب يكون معها الغبن فاحشا اذا زاد الثمن أو نقص عنها .

٤ ــ أهم صيغ العقود التى يمارسها البنك الاسلامى وضوابطها :

(أ) عقد المرابحة وأهم ضوابطه فى الفقه الاسلامى(١) :

ان جوهر الأمر فى المرابحة يقوم على ثلاثة اعتبارات رئيسية هى :

الأول ــ أن استحقاق الربح يكون بأسباب ثلاثة :

ــ المال . ــ العمل .
ــ الضمان .

الثانى ــ المرابحة كبيع وتجارة تتطلب معرفة تامة بأمور ثلاثة هى :

ــ السوق . ــ السلع .
ــ الناس .

الثالث ــ أن تدخل السلعة المبيعة مرابحة فى ملك البائع مرابحة قبل بيعها وأن يكون الربح فيها معلوما للمشترى وكل كذب أو خيانة فى المرابحة يفسدها .

(ب) عقد المضاربة وأهم ضوابطه فى الفقه الاسلامى :

المضاربة نوع شركة فى الربح على أن رأس المال من طرف والسعى والعمل من الطرف الآخر على أن تكون حصة كل منهما جزءا شائعا معلوما من الربح متفق عليه ابتداء عند التعاقد لأنه هو المعقود

---

(١) انظر كتابنا « فقه المرابحة » للمزيد من التفاصيل .

عليه ، والقاعدة الفقهية أن كل شرط فى المضاربة قطع الشركة فى الربح أو يوجب قطع الشركة فيه أو يؤدى الى جهالة فيه يفسد المضاربة لأنها جهالة فى المعقود عليه توجب فساد العقد واذا لم يعين مقدار الربح جاز ذلك على أن يكون مناصفة لأنها شركة تقتضى المساواة .

* * *

ثانيا ــ عقود المشاركات وأهم ضوابطها(١) :

١ ــ تتنوع وتتعدد المشاركات فى الفقه الاسلامى ، وتوجد أربعة أنواع رئيسية للشركات العقدية هى :

ــ شركات الأموال .　　　ــ شركات الأعمال .

ــ شركات الأموال والأعمال . ــ شركات الوجوه .

٢ ــ ويوجد نمطان أو أسلوبان لادارة وتشغيل الشركات العقدية فى الفقه الاسلامى هما :

(أ) نمط المفاوضة :

ويقوم هذا النمط على المساواة التامة بين الشركاء فى كل شيء وبصفة خاصة فى رأس المال وفى الربح وفى الادارة ، ومن ثم يكون كل شريك مفوضا عن الآخر فى العمل برأيه دون الرجوع اليه ، ومن ثم كان طبيعيا أن يكون كل منهما كفيل للآخر ولهذا كان من المتعين النص فى العقد على المفاوضة أو تعداد جميع شرائطها .

وتقدير هذا النمط مرجعه الى مصلحة الشركاء وطبيعة النشاط .

(ب) نمط العنان :

ابتداء اذا تخلف شرط من شروط المفاوضة أصبحت الشركة عنانا ويقوم أسلوب أو نمط العنان على :

---

(١) انظر كتابنا « أساسيات العمل المصرفى الاسلامى » للمزيد من التفاصيل ص ٩٠ وما بعدها .

ـ عدم التساوى بين الشركاء فى رأس المال كما أن كل واحد من الشركاء لا يكون مجبورا على ادخال جميع نقوده فى رأس المال •

ـ الربح بين الشركاء على ما شرطاه •

ـ حصول كل شريك على اذن صاحبه فى التصرف أو اجازته والا كان ضامنا لتصرفه •

وهذا النمط أيضا تمليه مصلحة الشركاء وطبيعة نشاط الشركة •

٣ ـ تخضع المشاركات لعدد من الضوابط الشرعية من أهمها على الراجح ما يأتى :

(١) يشترط أن يكون حصة الشريك نقدا حاضرا لا دينا ويجوز الحصة العينية بحيلة تقيمها مراعاة للعدل فى تقدير وتقييم حصص الشركاء كأساس لتوزيع الأرباح والخسائر •

(٢) يجوز أن تكون السمعة التجارية والثقة الفنية حصة فى الشركة مثل شركة الوجوه والصنائع •

(٣) أن يكون الربح جزءا شائعا معلوما غير مضاف اليه مقدار معين من المال وكل ما يؤدى الى الجهالة فى الربح أو قطع الشركة فيه يفسد العقد •

(٤) تحمل الخسارة يكون على أساس حصة كل شريك فى رأس المال فى جميع الأحوال وليس على ما شرطاه •

***

الفصـــل الأول

الضوابط الفقهية للخدمات المصرفية

- الاختناقات الفكرية والتحديات الفنية .
- ايداعات البنوك وحكمها على ضوء أحكام الشرع :
  - أهمية الايداعات فى عمل ونشاطات البنك .
  - أنواع الايداعات .
  - تخريج الايداعات المصرفية وحكمها .
- خطابات الضـمان :
  - تعريفها كما تحصل فى الممارسـة .
  - رأى هيئات الرقابة الشرعية .
  - رأينا فى المسـألة .
- الاعتمادات المسـتندية :
  - تحـديد المسـألة .
  - التخـريج الشرعى للاعتمـادات المسـتندية والحكم فيها .
  - البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات النظيفة .
  - أنواع الاعتمادات المسـتندية وموقف البنـك الاسلامى منها .
  - طرق الدفع فى الاعتمادات المسـتندية وموقف البنك الاسلامى منها ..
  - شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية وموقف الفقـه الاسلامى منها ..
- الأوراق التجارية وموقف الفقـه الاسلامى منها :
  - أنواع الأوراق التجارية .
  - العمليات المصرفيـة التى تجرى على الأوراق التجارية وضوابطها الشرعية .

الاختناقات الفكرية والتحديات الفنية

● تمهيـــد :

اللهم انى أعوذ بك من علم لا ينفع ومن قلب لا يخشع .

يقول الله تعالى : ﴿ **وآذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الأكبر أن الله برىء من المشركين ورسوله ، فان تبتم فهو خير لكم ، وان توليتم فاعلموا أنكم غير معجزى الله ، وبشر الذين كفروا بعذاب أليم** ﴾(١).

وليس بعد ذلك بلاغ الى المشركين من الناس أن يبرأوا من شركهم وبكل صوره ـ ما خفى وما ظهر ـ والا فقد وقعوا فى تحد وعناد مع أمر الله ورسوله وما هم فى عنادهم بعدم الامتثال لشرع الله ودينه ـ وهو الاسـلام ـ بمعجزى الله .

وفى هذا الصدد أثير قضيتين هما :

الأولى : الاختناقات الفكرية التى تعانى منها البنـوك التقليـدية التجارية .

الثانية : التحديات الفنية التى تواجهها البنوك والمؤسسات المـالية الاسـلامية .

وتتمثل القضية الأولى فى مشكلتين جوهريتين هما :

١ ـ مشكلة السيولة والربحية وما بينهما من تناقض أو تعارض يصعب حله فى ظل القواعد المصرفية الحاكمة .

٢ ـ مشكلة الادخار والاستثمار والدور الذى تلعبـه السـياسة النقدية القائمـة على سـعر الفائدة وما يسـببه من تعارض أو تناقض بين طرفى معـادلة الادخار والاستثمار باستخدام سعر الفـائدة زيادة أو خفضـا .

---

(١) التوبـة : ٣

وما تعكسه هاتين المشكلتين من تأثير مباشر على السياسة المصرفيه للجهاز المصرفى كله من اعطاء الأولوية للخدمات على الاستثمارات بل وتحجيم الأخيرة الى حد بعيد وكبير .

والقضية الأولى بمشاكلها نفرض القضية الثانية كتحدى فنى أو ففهى أو علمى يجب أن تواجهه البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ، ويتبلور هذا التحدى الفنى فيما يأتى :

١ ـ الربح فى مواجهة سعر الفائدة وهل تستطيع البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية أن نجعل من « سياسة الأربحية »(١) فى أعمالها ونشاطاتها بديلا عن « سياسة سعر الفائدة » السائدة بكل ما تقوم عليه السياسة الأولى من قواعد الحلال والبعد عن الحرام وشبهاته وبكل ما تعنيه هذه « السياسة البديلة » من سد لكل الحاجات والمتطلبات العملية التى كانت تضطلع بها السياسة الربوية وذلك ان لم تميزها وتتميز عنها حتى تواكب حركة التعامل المتقدم والمتطور باستمرار .

٢ ـ يتفرع عن التحدى الأول تحد آخر يتمثل فى مقومات الربح أو ما يجب أن تحققه « سياسة الأربحية » من أهداف ثلاثة مجتمعة ومتكاملة هى :

(أ) الأمان . (ب) السرعة .
(جـ) الضمان .

مع ضرورة الربط بين هذه الأهداف الثلاثة والمقاصد الشرعية العليا الثلاث كسياسة مصرفية وهى :

(أ) الضروريات .

---

(١) الأربحية أى القدرة على اغلال الايراد . انظر : د . محمد زكى شافعى ـ مقدمة فى النقود والبنوك ص ٢٦٨ ـ طبعة ١٩٨٢ ـ دار النهضة العربيــة .

(ب) الحاجيات (لا الحاجات فالمقاصد كلها حاجات) .

(جـ) التحسينيات أو التكميليات أو الكمالات (لا الكماليات فتلك قد تدخل فى حالة الاسراف والتبذير والترف المحظور) .

وذلك كله من أجل « الانسان » أولا وآخرا مرورا بالمال وتسخيره وضرورة المحافظة عليه منه كى يحفظ الانسان حاجاته باستمرار .

ولن تقوم للانسان وللمال قائمة بغير « الايمان » المحقق لكل ما تقدم بغير تباطؤ أو جفوة للحياة ويظل التساؤل متى وكيف ؟!!

ولكل ذلك كان اهتمامى بالخدمات المصرفية فى المصارف الاسلامية أتناولها بالتحليل الدقيق فى اطار الأحكام الشرعية لتبيان ما يحل منها وما يحرم ، آخذا فى الاعتبار كل ما يفرضه ويستوجبه انزال الأحكام الشرعية على المعاملات الخدمية المصرفية من استقصاء واستيعاب دقيق لجوانبها المختلفة وفى ظل المعاملات الدولية المعاصرة .

والله نسأل التوفيق والسداد .

* * *

● تقسيم :

ان البدء بتقسيم الخدمات المصرفية لسهولة تناولها بالبحث أمر لازم ، ومن ثم لا بد من اتخاذ معيار لمنهجية التقسيم وهل يتحدد ذلك المعيار بالنظر ابتداء الى المتعامل مع البنك فيغلب طابع الخدمة ، أم بالنظر الى البنك ابتداء فيغلب طابع التشغيل والربح ، أم بالنظر الى الأمرين معا فيجتمع فى المسألة طابع الخدمة وطابع الربح معا .

ولا شك عندى فى أن طبيعة عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية تجعلنا نأخذ بالمعيار المختلط وبنسب متفاوتة بالنظر الى خدمة معينة دون أخرى .

ولما كان معيار التقسيم يعكس أثره على الحكم الشرعى فى المسألة فنستطيع القول بأن هناك مجموعة من الخدمات المصرفية يغلب على البنك فيها طابع **الآخذ للأموال** كمدين بها وليس بالضرورة هنا أن يكون فى حكم المقترض لهذا الوصف •

وهناك مجموعة أخرى من الخدمات يغلب على البنك فيها طابع **الاعطاء للأموال** كدائن بها وليس بالضرورة هنا أن يكون مقرضا لهذا الوصف بصرف النظر بالطبع عما يعطيه البنك فى الحالة الأولى أو يأخذه فى الحالة الثانية فالأحكام الشرعية هنا حاكمة وضابطة ، فالبنك الاسلامى لا يتعامل بالفائدة الربوية أخذا أو عطاء اذ الآخذ والمعطى فى الربا سواء ، كما أن معاملات البنك الاسلامى لا يداخلها غش ولا غرر ولا استغلال ولا خلابة •••• الخ •

وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقسم الخدمات المصرفية الى ثلاثة أقسام رئيسية ، يغلب على القسم الأول منها طابع المديونية ، ويغلب على القسم الثانى طابع الدائنين وذلك بالنظر الى البنك ابتداء باعتباره محور العملية ، هذا فضلا عن عدم تجريد هذين القسمين من سمة الخدمة المصرفية باعتبار أن القائم بها بنك أو مصرف أو تجريدها من صعوبة ادراج خدمة معينة فى قسم دون غيره ، والقسم الثالث يجمع بين الصفتين (المديونية ، والدائنية) فبالنظر الى طرف يكون البنك مدينا وبالنظر الى طرف آخر يكون البنك دائنا •

وتعتبر الايداعات بأنواعها عمدة القسم الأول ، وتعتبر خطابات الضمان والاعتمادات المستندية غير المغطاة كليا أو جزئيا عمدة القسم الثانى ، وبقية أنواع الخدمات المصرفية تدخل فى الغالب فى القسم المختلط أو المشترك الذى يجمع بين الصفتين •

وعلى هذا الأساس نورد أنواع الخدمات المصرفية :

١ ــ قبول الايداعات بأنواعها المختلفة •

٢ ـ اصـدار خطابات الضمان •

٣ ـ فتح الاعتمادات المستندية •

٤ ـ تحصيل وحفظ الشيكات والكمبيالات والكوبونات والأوراق التجارية الأخرى •

٥ ـ تحويل النقود داخليا وخارجيا •

٦ ـ شراء وبيع النقد الأجنبى واصـدار الشيكات السياحية •

٧ ـ خصم الكمبيالات واعادة خصمها لدى البنك المركزى •

٨ ـ سداد الديون نيابة عن العملاء وتحصيل ما يستحق لهم •

٩ ـ اصـدار الأوراق المـالية لحسـاب العملاء وشرائها وبيعها لهـم •

١٠ ـ ادارة الممتلكات نيابة عن العملاء •

١١ ـ الاستشارات •

وتتناول أهم تلك الأنواع بالتخريج على ضوء الأحكام الشرعية أو تصنيفها فى اطار حكم شرعى أو عقد شرعى مسمى أو غير مسـمى اذ العقود الشرعية منها ما سـمى وعرف ، ومنها عقود غير مسماة وجديدة تحتاج الى تخريج وضبط فقهى فى اطار العمل المصرفى الاسلامى •

***

المبحث الأول

ايداعات البنوك وحكمها على ضوء أحكام الشرع

أولا ـ أهمية الايداعات فى عمل ونشاطات البنك :

تعتبر عمليات قبول الودائع من العمليات المصرفية الأساسية التى يزاولها البنك وسواء أكانت ودائع للأفراد الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية ، اذ تشكل الودائع الشطر الأعظم من موارد البنك والتى يعتمد عليها فى مزاولة عملياته ومباشرة نشاطاته •

والبنك فى قبوله للودائع يضطلع بصفة عامة بمركز المدين ، وليس كل مدين فى مركز المقترض دائما ، كما أن المدين قد يكون أمينا فقط فلا يضمن اذا كان لا ينتفع بالمال ولا يستعمله ، وقد يكون المدين ضامنا اذا كان ينتفع بالمال ويأخذ ثمرته وهنا يكون الضمان مقابل الانتفاع وثمرته •

ثانيا ـ انواع الايداعات :

تتعدد أنواع الايداعات وأشكالها وكلها عقود تتم بين البنك والمتعاملين معه ، ومن ثم تكون التزامات الطرفين فيها حسبما يشترطانه من شروط تراضيا عليها •

ومن أهم أنواعها :

١ ـ الايداعات تحت الطلب ويطلق عليها الحسابات الجارية وتتصدر أنواع الايداعات الأخرى •

٢ ـ الايداعات لأجل •

٣ ـ الايداعات باخطار سابق •

٤ ـ الايداع بايصال •

٥ ـ ايداعات التوفير •

٦ ـ الايداعات المخصصة لغرض معين •

وليس هذه الأنواع على سبيل الحصر بل على سبيل المثال ، فكل ما عرفه العمل المصرفى من أوعية الايداع المستحدثة قابل للاضافة والتعديل حسبما تمليه المصلحة المعتبرة •

ولما كانت الفائدة المشروطة بين الطرفين مقدما أو ابتداء زيادة على أصل رأس المال أو المبلغ المدفوع ـ وسواء أكانت ثابتة أو متغيرة ـ تعتبر ربا محرما ، فان التعامل بها فى أى شكل أو نوع من أنواع الودائع يعتبر حراما أو محرما ولا يغير من حقيقة الحكم تغيير المسمى فالعبره بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى •

* * *

ثالثا ـ تخريج الايداعات المصرفية وحكمها :

من المألوف أن يختلف الرأى الفقهى حول مسائل المعاملات المالية وبصفة خاصة المستحدثة أو المعاصرة ، ودون تطرق لتفاصيل كل الآراء التى أثيرت حول حكم هذه العمليات المصرفية الداخلة فى اطار الخدمات المصرفية والمسماة بـ « الودائع » بأنواعها المختلفة نخلص الى أن الرأى الغالب فى تكييفها هو اعتبارها « قرض » ومن ثم يجب شرعا أن يكون قرضا حسنا لا قرضا ربويا تحت أى مسمى من مسميات أو أنواع هذه الودائع ، وعلى الرغم من تسليمنا بهذه النتيجة اذ لا ينطبق على هذه العمليات المصرفية وصف الوديعة بالمعنى الفقهى الدقيق والا كان البنك غير ضامن للوديعة اذا هلكت أو ضاعت الا بسببه وهو ما لا يحدث عملا فالبنك ملتزم بالرد فى جميع الأحوال مما يخرج العملية عن وصف الوديعة بالمعنى الفقهى الدقيق وأن اطلاق لفظ « الوديعة » على مثل هذه العمليات يعتبر من قبيل المجاز لا الحقيقة اذ أن هذا أقرب تصوير للمسألة ولا يغنى أو يبعد عن حقيقتها وماهيتها •

واذا كان ذلك كذلك فانه من المتعين أن نأخذ فى اعتبارنا أمرين أساسيين هما :

(أ) كيفية حدوث العملية فى الواقع العملى وهذا هو الأصل فيها والحكم على الشيء فرع عن تصوره .

(ب) ليس هناك ضرورة لادخال أو اقحام هذه العملية المصرفيه فى قالب من قوالب العقود المسماة المعروفة ـ قرضا أو وديعة أو اجارة ـ ... بل ان المعاملة قد تأخذ بوجه شبه من أكثر من عقد مكونة عمليه أو صيغة جديدة مستقلة عن هذه العقود فالأصل فى المعاملات الحل والاباحة لا الحظر ، وعلى رأس المعاملات وجوهرها تأتى العقود اذ لم ترد على سبيل الحصر والا قضينا بالجمود على المعاملات وهو ما لا يجوز بحال .

لكل ذلك أقول وبالله التوفيق :

ان تقدم شخص « ما » طبيعى أو معنوى الى البنك باعطاء أو تسليم أو دفع نقود الى هذا البنك يعتبر فى ذاته اتفاق وعقد بين طرفين ولا نستطيع بحال من الأحوال أن نجرد هذا الاتفاق من نية طرفيه ومقصودهما ، فالعقود مدارها القصود وعليهما ـ النية والقصد ـ يبنى الرضا بالعقد باعتباره أساس العملية التعاقدية ، ثم تأتى الصيغة مكونة لركن العقد المعبر عن النية والقصد وتمام الرضا ، وتكون أيضا ـ الصيغة ـ وعاء لشروط العقد التى يلتزم بها كل طرف فيه .

واذا كان الناس قد اصطلحوا على تسمية هذا الاتفاق أو العقد بين البنك والشخص بمسميات حسب نوع وطبيعة كل وديعة من هذه العمليات المصرفية وجرى بذلك عرفهم فى التعامل فلا بأس به ويسمى العقد باسمه فيكون :

عقد ايداع تحت الطلب وهو ما يسمى بالحساب الجارى . أو عقد ايداع لأجل ، أو عقد ايداع باخطار سابق وهكذا ...

مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة هذا العقد وهو أن محله النقود ومن ثم يجرى التعامل بها وفق أحكام الشرع الحنيف •

فكل زيادة مشروطة على رأس المـال لا يقابلها عوض عند التعاقد تكون ربا ، وهذا الشرط اذا شرط فى عقد من الأنواع السـابقة يخرج العقد عن موضوعه ، أى أن الشرط يبطل ويبطل العقد أيضا •

وعليه نخلص الى الحقائق التالية :

١ ـ أن عملية الايداع عقد أو اتفاق بين البنك والمتعامل معه •

٢ ـ أن هذا العقد اصطلح على تسميته بكل نوع من أنواع هذه العملية المصرفية ، فهناك عقد ايداع تحت الطلب ، وعقد ايداع لأجل ، وعقد ايداع باخطار سابق ••• وهكذا •

٣ ـ أن محل هذه العقود هو النقود •

٤ ـ أن كل شرط فى هذا العقد ينص أو يقتضى الزيادة فيه على رأس المـال (المحل) بلا عوض أو مقابل خدمة حقيقية عند التعاقد تعتبر الزيادة من قبيل الربا يبطل بها الشرط والعقد لتناقض الشرط مع مقتضى العقـد •

٥ ـ أن اجراءات عملية الايداع كما تتم فى الواقع العملى تؤيد وتؤكد ما تقدم فالعملية تبدأ بما يسمى « طلب فتح حساب » مشتملا على بيانات من أهمها « نوع الحساب » وهذا البيان يوضح قصد الطالب من فتح الحساب ويدل على نيته • ثم يحرر البنك ما يسمى بـ « قسيمة ايداع نقدى » وليس كل ايداع يأخذ حكم الوديعة ، فالمقصود بالايداع هنـا اعطاء أو تسـليم أو دفع الطالب لمبلغ من النقـود الى البنـك • ثم تحرير ما يسمى بـ « الحافظة » وما تتضمنه من بيانات أهمها « الغرض من الايداع » •

نخلص اذن مما تقدم الى أن « طلب فتح الحساب » يشكل ايجابا من جانب المتعامل مع البنك و « قسيمة الايداع » تشكل قبولا من جانب البنك وفق الغرض الذى تحدد فى بيانات طلب فتح الحساب والحافظة

وهو نوع الحساب الذى يعتبر بمثابة السبب الدافع والباعث للتعاقد ومن ثم فكل شرط يتم الاتفاق عليه يأخذ أو يعطى بمقتضاه أى طرف للآخر مبلغا زائدا عن أصل المبلغ الذى أودع ومحسوبا على أساسه ولا يقابله عوض أو منفعة حقيقية يعتبر ربا محرما .

٦ ـ من المعلوم لدى الطرفين فى عقد « الايداع النقدى » أنه اذا لم يكن بغرض الاستثمار وفق الصيغ الشرعية للاستثمار فان البنك ينتفع بالنقود محل الأيداع فى عملياته المصرفية ولا بأس بذلك فمناطه الجواز سواء اعتبرنا العملية قرضا أو أن لها شبه بالقرض أو أنها وديعة مأذون باستعمالها ، ومن ثم فان البنك يستأثر بثمرة انتفاعه بالمال المودع فى مقابل ضمانه لرد الأموال عند طلبها ، ومن القواعد الفقهية المسلمة « الخراج بالضمان » .

الا أن العملية على هذا النحو يكون فى النفس منها شىء ، اذ لا تستقيم مع طبائع الأمور ومنطق العقل ولا يتصور أن تكون الأموال المودعة فى حسابات غير استثمارية ولو لمدد قصيرة تشكل مبالغ طائلة وينفرد البنك بالانتفاع بها ويستأثر بثمرة وعائد ذلك الانتفاع ، وهنا يقع الظلم والاستغلال ، ودفعا لهذا الظلم ومنعا من الاستغلال لا بد من ايجاد صيغة مناسبة لتلك الحسابات أو الايداعات تجمع بين ثلاثة اعتبارات هى :

١ ـ سرعة الرد . ٢ ـ ضمان الأموال .

٣ ـ تحقيق ربح .

وبتوافر هذه الصيغ أو الصيغ التشغيلية التى تجمع بين هذه الاعتبارات يستطيع البنك أن يحقق هدفين رئيسين هما :

١ ـ المزيد من جذب الايداعات .

٢ ـ تجنب الظلم والاستغلال فى انتفاعه فقط بأموال الايداعات وأيا كان التخريج الفقهى الشرعى السليم لها لا ما اضطرتم اليه بغير بغى ولا عدوان .

المبحث الثانى

خطابات الضـــمان(١)

أولا ـ تعريفها كما تحصل فى الممارســة :

لعل أدق تصوير للمسألة ما ورد عن بنك فيصل الاسلامى المصرى والسودانى وهو أن خطابات الضمان عبارة عن :

تعهد كتابى يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه فى حــدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته فى ذلك الوقت ... حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو اخلاله بشروط التعاقد معــه(٢) ...

وهذه الخدمة تمنح العميل ميزة لدى الطرف الثالث وضمانا أقوى ويتقاضى البنك عنها العمولات الآتية :

١ ـ عمولة اصدار خطاب الضمان ..

٢ ـ عمولات التمديد أو التعديل ..

* * *

ثانيا ـ رأى هيئات الرقابة الشرعية :

والسؤال الذى طرح على هيئات الرقابة الشرعية فى البنكين هو :

---

(١) انظر فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى ص ٦٣ والمصرى ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) سينصرف الحديث اساسا الى خطابات الضمان غير المغطاة أو المغطاة جزئيا باعتبارها محور وأهم خطابات الضمان .

هل يعتبر هذا العمل ـ من الناحية الشرعية ـ حلالا أو تحوم حوله أيه شـــبهة ؟

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصرى عدم موافقة الهيئة على أن يقوم البنك باصدار خطابات الضمان نظير عمولات يتقاضاها وأنه يمكن للبنـــك أن يشارك العميل فى العملية المطلوب من أجلهـــا الضمان وعندما تقوم المشاركة بين البنك وعميله وفقا للأسس التى سبق للهيئة أن عرضت لهـــا فان ما يصدره البنك فى هذه الحالة من خطابات ضمان لتقديمها الى الجهة الأخرى المتعاقد معها (أى البنك وعميله) يعتبر اصدارا من قبله لخطابات ضمان بصدد عملية هو شريك فيها وطبيعى أن يتم هذا الاصدار دون عمولة لأن ما يقدمه البنك من جهد فى هذه الحالة انما يدخل ضمن مجهوداته فى المشاركة ومن المعلوم أن ربح المشـــاركة ونصيب كل من البنك وشريكه العميل متفق عليه فيما بينهما ومراعى فى تحديده ما يقدمه كل شريك من **مال وجهد** .

وفى فتوى لاحقة فى نفس الموضوع انتهت الهيئة أيضا الى عـــدم الموافقة على اصدار خطابات ضمان فقط ـ أى مجردة من العمل ـ نظير عمولة وأنه يمكن للبنك اصدار خطابات الضمان فى مشاركات البنك مع العميل فى العمليات المطلوب من أجلها الضمان **وبالمصاريف الفعلية** التى تدخل ضمن مصاريف المشاركة .

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى أن خطابات الضمان التى أصدرها البنك تدل على أن هذه المعاملة « عقد كفالة » وذلك لأن الكفالة هى :

ضم ذمـــة الى ذمـــة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس ـ فالبنك يلتزم فى خطاب الضمان لدى الطرف الثالث ـ المكفول له ـ بتأدية ما على العميل من الحق فى حالة فشله فى الوفاء بالتزاماته ، وبما أن الكفالة مشروعة باتفاق الفقهاء فان خطاب الضمان يكون مشروعا أيضا هـــذا بالنسبة لخطابات الضمان التى ليس لها غطاء ، أما خطابات الضمان التى

لهـــا غطـــاء كلى أو جزئى فانهـــا تتضمن الوكالة والكفالة معـــا ...
ولا مانع شرعا من خطاب الضمان على هذا التكييف لأن الوكالة عقـــد
مشروع باتفاق الفقهاء أيضا .

أما عن أخذ البنك أجرا نظير خطاب الضمان فانه لا يجوز ، فأخذ الأجر عن الكفالة ممنوع لأنها من عقود التبرعات .. قال الحطاب[1] :

« ولا خلاف فى منع ضمان بجعل لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل الا لله بغير عوض فأخذ العوض عليه سحت » .

وعلل ابن عابدين المنع[2] :

« بأن الكفيل مقرض فى حق المطلوب واذا شرط له جعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما قرضه فهو باطل لأنه ربا » .

أما اذا كان الأجر الذى يأخذه البنك نظير ما قام به من خـــدمة ومصاريف تتطلبها اجراءات اكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعا[3] .

ويقول فضيلة الشيخ بدر المتولى عبد الباسط : لا أعلم من فقهاء الاسلام من أجاز أخذ أجر على الضمان[4] .

وقد ورد فى كتاب الخدمات المصرفية فى المصارف الاسلامية أن أخذ الأجرة على الكفالة لم يجزه جمهور الفقهاء[5] .

* * *

---

(1) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٤٢ ـــ الدســـوقى مع الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦٧

(2) منحة الخالق على البحر الرائق جـ ٦ ص ٣٢٤٢ ـــ تقنين الشريعة على مذهب الامام مالك ـــ القسم الثانى ص ٢٠١ ، ٢٠٢

(3) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الاسلامى السودانى ص ٦٥

(4) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتى ص ٧٠

(5) اصدار ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ص ١٨ ، ونسب ما ذهب اليه الجمهور الى فتاوى مؤتمر المصرف الاسلامى الثانى بدبى ـــ د. على السالوس ـــ حكم أعمال البنوك فى الفقـــه الاسلامى ـــ ملحق مجلة الأزهر عدد ذو الحجة سنة ١٤٠٢ هجرية

ثالثا ـ رأينا فى المســـألة :

ونظرا لتعدد وتشابك جوانب الموضوع فاننا نحاول بسـطه على نطاق فسيح من البحث على النحو التالى :

أ ـ الجوانب القانونية للمسألة :

(١) نعتقد أن الجوانب القانونية فى الموضوع ترجع أسـاسا الى لائحة المناقصات والمزايدات وتوحيد عمليات الشراء الصادر بها القرار الوزارى رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والقانون رقم ٢٣٦ لسنه ١٩٥٤ بنظم المناقصات والمزايدات وتعديلاته فى مصر •

تنص المـادة ٤٨ من اللائحة المذكورة على أنه :

« يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت ••• ويكون التأمين نقدا أو كفالة أو ••••• » •

وتنص المـادة ٤٩ من نفس اللائحة على أنه :

« ••• واذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الوزارة المختصة أو ••• مبلغا يوازى التأمين المؤقت ، وأنه مسـتعد لأدائه بأكمله أو تجـديد مـدة سريان كتـاب الضـمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منهـا دون التفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول •

وعند ما ترد لاحدى وزارات الحكومة أو مصالحها كفالة عن تأمين نهـائى من أحـد المصارف المرخص بها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقرارا على هـذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحـد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى اصدارها » •

كما تضمن نص المادتين ٥١ ، ٥٤ من اللائحة المشار اليها أن الغرض

من هذا التأمين هو ضمان تنفيذ العقد وقيام المتعهد أو المقاول بالوفاء بالتزاماته العقدية •

ونخلص مما جاء فى لائحة المناقصات والمزايدات الى ما يأتى :

(أ) بنـــاء على نص القانون أو اللائحة تتطلب الجهة الادارية تأمين عندما يقدم العميل على التعاقد معها فى عملية توريد أو مقاولة مثلا وقد يكون هذا التأمين نقدا أو كفالة أو غير ذلك مما أورده النص •

(ب) اذا قدم التأمين فى شكل كفالة من أحد المصارف روعى أن تكون فى حدود السقف المحدد للمصرف فى هذا الخصوص •

(جـ) ان النص قد أطلق على كتاب الضمان الذى يصدره المصرف لصالح الجهة الادارية اصطلاح « كفالة » •

(د) ان كتاب الضمان أو الكفالة يحل بذاته محل التأمين المطلوب من العميل ولذلك يشترط النص فيه عدة شروط هى :

ــ ألا يقترن بأى قيد أو شرط •

ــ أن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر المســتفيد مبلغا يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجــديده مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما يراه المستفيد عند الطلب •

ــ عدم الالتفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول (العميل) •

(هـ) ان كتاب الضمان أو الكفالة المصرفية انما صدر بمناسبة أو متعلق بضمان تنفيذ العميل للعقد المبرم بينه وبين المستفيد (الجهــة) وعدم اخلاله بشروط ذلك العقــد وقيامه بالوفاء بالتزاماته العقدية على أكمل وجــه •

(٢) ان نصوص المواد من ٧٧٢ الى ٨٠١ من القانون المدنى المصرى تضمنت أحكام الكفالة ونخص بالذكر من هذه المواد ما يلى :

تنص المــادة رقم ٧٧٢ : « على أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص

تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف بــه المدين نفسه » •

وتنص المــادة ٧٧٦ على أن الكفالة لا تكون صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا •

وتنص المــادة ٧٧٨ على أن الكفالة تجوز فى الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى •

وتنص المــادة ٧٧٩ على أن كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا •

وفى تنظيم العلاقة بين الكفيل والدائن تنص المــادة ٧٨٢ على أن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ويبرأ بمجرد براءة المدين •

وتنص المــادة ٧٨٦ على أنه اذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر مــا أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن •

وتنص المــادة ٧٨٨ على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل فى هذه الحــالة أن يتمسك بهذا الحق •

وفى تنظيم العلاقة بين الكفيل والمدين تنص المــادة ٧٩٩ على أنــه اذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين •

وتنص المــادة ٨٠٠ على أن للكفيل الذى وفى الدين أن يرجــع على المدين بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ويكون للكفيل الحــق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع •

٢ ـ الجوانب الفقهية للمسألة :

لقد أردت من العرض السابق ايضاح الواقع القانونى والعملى كما تجريه المصارف التجارية لمسألة خطابات الضمان ولا شك أن قيام البنوك الاسلامية بهذا الدور فى نطاق الخدمات المصرفية يفرض عليها بعض القيود أو المحاذير التى تتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ومن هنا نعرض لبعض الأحكام الأساسية فى المسألة فى الفقه الاسلامى على النحو التالى :

انه لما يجدر ذكره أن الفقه الاسلامى استعمل مصطلحى «الضمان» و « الكفالة » مجتمعين ومنفردين ، وأن الربط بين الضمان والكفالة أمر وارد لدى الفقهاء اذا كان المال محلا للالتزام فى كل منهما ، وذكر بعضهم أن الكفالة نوع من الضمان . ومع ذلك قال الخلوتى : ويمكن أن يجاب بأن الضمان أضيق من الكفالة لأنه اذا ضمن الدين لم يسقط الا بأداء أو ابراء بخلاف الكفالة بالدين فانها تسقط بهما وبموت المكفول وغير ذلك ، .. يلزم من كون الشيء نوعا فى شيء آخر مساواة أحدهما الآخر فى الحكم بل قد يختلفان كما فى السلم مع البيع[١] .

كما أن كلا من الضمان والكفالة تبع الأصل هو المضمون عنه والمكفول عنه وأنه لا يدخل الضمان والكفالة خيار لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ .

والضمين والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما ولأنه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وذكر ابن قدامة أنه لا يعلم فيه خلافا وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافى ذلك .. ذكره القاضى[٢] .

---

(١) انظر حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع للبهوتى وحاشيتها للشيخ عبد العزيز العنقرى ج ٢ ص ١٨٨ ـ مكتبة الرياض الحديثة .

(٢) انظر الشرح الكبير لابن قدامة ج ٣ ص ٤٧ ـ ط. جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

وما سبق مقدمات أساسية ذكرناها للربط بينهما وبين معطيات المسألة فى التطبيق المصرفى المعاصر .

وعرف الضمان بأنه ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد ، وحكى عن مالك فى احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن[1] .

وقيل فى تعريفه ــ وهو الأدق والأشمل فى نظرنا ــ انه : « التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب ، ويصح بلفظ ضمين وكفيل .... »[2] .

وقيل : « الضمان تبرع بالتزام حق »[3] .

وعرفت الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة شىء (م ٦١٢ مجلة الأحكام العدلية) وتصح الكفالة بالحق المالى كالضمان . والكفيل هو ما تعهد بما تعهد به الأصيل أو المكفول عنه (م ٦١٨ مجلة) .

وتصح الكفالة بالدين المستقبل (م ٦٣٦ مجلة ــ بتصرف) .

٣ ــ النتائج المستخلصة مما سبق :

(أ) لا غضاضة فى الفقه الاسلامى من الجمع بين الكفالة والضمان اذا كان محلهما مالا وهو ما تضمنته نصوص لائحة المناقصات والمزايدات على نحو ما سبق .

(ب) أن خطاب الضمان الذى يصدره البنك انما يصدر بمناسبه تنفيذ عقد بين العميل والمستفيد من خطاب الضمان أو الجهة المالكة ومن ثم

---

(١) انظر الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٣ ص ٣٤ ــ ط. جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

(٢) انظر الروض المربع جـ ٢ ص ١٨٠ ــ مرجع سابق .

(٣) انظر الروض المربع جـ ٢ ص ١٨٢ ــ مرجع سابق .

فانه وان كان خطاب الضمان منفصل عن نصوص العقد الا أنه متعلق به وبمناسبته فضلا عن أنه قد يكون تنفيذا لنص القانون على نحو ما سلف بيانه فى نظام المناقصات والمزايدات .

(ج) ان الخيار ينافى مقتضى عقد الكفالة والضمان فى الفقه الاسلامى وذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص النظامية[1] من أن خطاب الضمان لا يقترن بأى قيد أو شرط والاستعداد لأدائه دون التفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول .

(د) ان خطاب الضمان والكفالة يحل محل « مبلغ التأمين » المطلوب من العميل .

(هـ) لا اشكال فى الوضع القانونى حول ما يستفيده البنك من اصدار خطابات الضمان اذ هو يتقاضى العمولة والمصروفات والفوائد اذا أدى الدين فضلا عن أصله ، على حين أن ذلك مثار نزاع كبير مع الفقه الاسلامى للاتفاق على تحريم الفوائد ولغلبة الرأى بأن الضمان والكفالة من عقود التبرعات وهى بغير عوض ، وأن الكفيل مقرض واشتراط الزيادة على القرض ربا ، وما قاله الفقهاء واضح ومسلم به بشرط أن تتمحض الصورة المعروضة لخطابات الضمان فى الدلالة على الكفالة المعروفة فى كتب الفقه الاسلامى .

وهو ما يجعلنا نعرض للعرف المصرفى فى المسألة .

٤ ــ الجوانب المصرفية المستحدثة فى المسألة :

من الملاحقة الدقيقة لمتطلبات العمل المصرفى فى البنوك التجارية يتضح أنها لم تقنع بما تقدمه الكفالة من أحكام لكى تواجه بها خطابات الضمان بما تقوم عليه من أنها تصدرها بلا قيد أو شرط ودون التفات الى معارضة العميل عند الأداء أو الوفاء ويتضح ذلك مما يأتى :

---

(١) ان مصطلح « نظامية » يتسع لنص القانون أو غيره من أدوات التشريع كاللائحة والقرار .

(١) اذا كانت الكفالة المالية التزام بما وجب أو ما قد يجب من المال على الغير لسداده لصالح المكفول له فان البنك فى خطاب الضمان يطلق تعهدا مجردا عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد ، ومن ثم فلا حاجة بالدائن المستفيد أن يثبت مديونية مدينه العميل واستحقاقه لها[١] ، وهو ما توجبه أحكام الكفالة شرعا وقانونا — اذ تشترط صحة الدين — ومن هنا كان محل الالتزام أو طبيعته تختلف فى خطاب الضمان عنها فى الكفالة .

(٢) ان التزام الكفيل فى الفقه الاسلامى تبع للأصل ووثيقة له على ما سبق ومن ثم يدور التزام الكفيل مع التزام المكفول فى وجوده وثبوته وصحته ووصفه ومقداره الأقصى وانقضائه وفى ذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص القانونية على نحو ما ذكرت ولكن الأمر على خلاف ذلك فى خطاب الضمان كما تجريه المصارف فالتزام البنك فى خطاب الضمان غير مرتبط بالتزام العميل المضمون ، فالمبلغ الثابت فى خطاب الضمان مستحق فور طلب المستفيد ودون التفات الى معارضة العميل ومن ثم كان التزام البنك فى خطاب الضمان التزاما مستقلا عن نصوص العقد المبرم بين العميل والمستفيد .

(٣) وبالنسبة لرجوع الدائن على الكفيل فالحكم فى القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يطالب الدائن الكفيل قبل المدين ولا أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله وذلك بعد ثبوت الدين المطالب به .

وقد جاء فى مجلة الأحكام العدلية أن الطالب مخير فى المطالبة ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معا (م ٦٤٤) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى د. على جمال الدين عوض — عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٨٦ طبعة ١٩٨١ — دار النهضة العربية .

ومما يجدر التنبيه اليه أن تبعية دين الكفيل لدين المكفول من حيث الوجود والثبوت والصحة والوصف مما يتعلق بأطراف المعاملة جميعهم (الدائن والمدين والكفيل) ولا تؤثر هذه التبعية على النحو السابق على حق الدائن فى المطالبة التى خيرته فيها مجلة الأحكام العدلية ومن أخذت عنهم من الفقهاء[1] .

ومن ثم يختلف حكم المطالبة فى الفقه الاسلامى عنه فى القانون الوضعى الذى لم يجز مطالبة الكفيل قبل مطالبه المدين وألا ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله وكلا الحكمين مختلف عما عليه العمل فى خطابات الضمان كما تجريها البنوك التجاريه فالمبلغ الثابت فى خطاب الضمان مستحق فور طلبه دون التفات الى معارضة المدين (العميل)[2] .

(٤) ان البنك فى التزامه بخطاب الضمان ليس نائبا عن العميل وليس له أن يتمسك بالدفوع التى للعميل ضد المستفيد وذلك يبعده عن أحكام الكفالة الواردة فى القانون المدنى الذى يجيز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، على حين أن البنك فى خطاب الضمان يلتزم بالدفع أيا كان مركز المضمون وأيا كان مصير العقد بين البنك وبين عميله أو مصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب مما حدا بالبعض الى القول بأن التزام الكفيل يجب أن يكون موضوعه التزام المدين الاصلى فان اختلف المضمونات انفصل التزام الكفيل وأصبح مستقلا

---

(١) أيضا انظر الروض المربع ج ٢ ص ١٨٢ ـ المرجع السابق فقد جاء فى باب الضمان : أن الحق ثابت فى ذمة المضمون والضامن فملك الدائن مطالبة من شاء منهما ... وكل من الضمان والكفالة حق مالى فصحت الكفالة به كالضمان . ص ١٨٧ أيضا .

(٢) يرى د. على جمال الدين ـ خلافا لما ذهبنا اليه ـ أن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين تؤدى الى عدم جواز مطالبة الدائن للكفيل الا بعد رجوعه على المدين حتى يكون الدين ثابتا قبل المضمون ممكنا طلبه قضاء وبذلك فرق بين مبدأ التبعية والمطالبة مع اختلاف طبيعة كل منهما على نحو ما أوضحنا ـ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٩٨ ، ٤٩٩

عن التزام المدين ولم نعد أمام عقد كفالة تابع بل أمام عمل أصيل فاذا كان المدين الأصلى ملتزما بتوريد بضائع فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بأن يدفع مبلغا من النقود فى حالة عدم وفاء المدين .....

فاذا كان محل تعهد البنك مبلغا نقديا وكان محل التزام المدين الأصلى شيئا آخر غير دفع مبلغ من النقود كان التزام البنك الناشيء من خطاب الضمان التزاما أصليا .

أما اذا اتحد المحل فى التزام البنك والتزام المدين الأصلى (عميل البنك) بأن كان التعهد فى الحالتين بمبلغ من النقود كان معيار التفرقة بين كون التزام البنك أصليا أو تابعا هو استظهار ارادة البنك مصدر خطاب الضمان وهى قد تكون صريحة فى عبارة الخطاب وقد تكون مستخلصة من الظروف التى أحاطت اصدار الخطاب ويذهب هذا القول الى حد أن القاعدة العامة هى اعتبار خطابات الضمان المصرفية التزامات أصلية لا التزامات تابعة ناشئة عن عقد الكفالة ما لم تكن صياغة خطاب الضمان تدل على أن البنك قصد ابرام كفالة بالمعنى الوارد فى المادة ٧٧ مدنى والتى تنص على أن : « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه »(١) .

* * *

● **خلاصة :**

نخلص من سرد الجوانب القانونية والفقهية والمصرفية فى خطابات الضمان البنكية الى أن ادخالها فى احدى الصيغ المنصوص عليها فى القانون أو فى الفقه الاسلامى أو اسباغ أوصاف هذه الصيغ عليها

---

(١) المجلة الاقتصادية التى يصدرها البنك المركزى ـ المجلد الأول ـ العدد الأول ـ القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١١١ ـ تعليق على الحكم محكمة القاهرة المستعجلة فى ١٩٦٠/٣/٥ ـ انظر د. على جمال الدين عوض ـ المرجع السابق ص ٥٠٦ هامش (٢) .

يعتوره اغفـــال كثير من مستحدثات العرف المصرفى فى المســـألة على نحو ما ســـبق ذكره تفصيلا •

ومن هنا كانت المحاولة الذكية لاعتبار خطاب الضـــمان جزءا من مشاركة أو مضـــاربة بين المصرف وعميله ولكنها محاولة لا تفى بالغرض لمـــا يأتى :

(أ) انها على خلاف قاعـــدة الأمور بمقاصدها •

(ب) انها فى مضـــمونها تقوم على اعتبار أن الربح يستحق بأسباب ثلاثه هى : المـــال ــ العمل ــ الضـــمان •

على حين أن حقيقة المسألة ــ أو أن المسألة فى حقيقتها ــ ليست كذلك فالبنك الاسلامى يســـتعير من العمل المصرفى التجارى عمليات خطاب الضمان بفنياتها المنبتة الصـــلة عن فنيات الالتزام الأصلى بين العميـــل والبنك على نحو ما سلف شرحه مع محاولة تطهيرها من الربا •

وفى هذا الخصوص أود أن أشير الى حديث : « الخراج بالضمان » وهل فى معناه متسع لمقابل طاهر أو جزاء عادل اذا قلنا : ان من يتحمل تبعية ضمان شىء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشىء المضمون فالمنفعة مقابل الضـــمان فى هذه الحالة ويجرى الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله فى المنفعة ؟

ففى معنى الحديث وقواعد الفقهاء متســـع للمسألة ، فخراج الشىء هو كل ما خرج منه ومن ثم فالخراج فى الحديث هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان[1] ، وقال الزركشى رحمه الله فى قواعده[2] : ان الخراج ما خرج من الشىء من عين ومنفعة وغلة •

---

(1) انظر الأشـــباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ــ تحقيق عبد العزيز الوكيل ص ١٥١ ، ١٥٢ ــ ط. مؤسسة الحلبى وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ ــ ١٩٦٨ م) •

(٢) المنثور فى القواعد ج ٢ ص ٩ ــ طبعة أولى ــ تحقيق تيسير فائق احمد محمود مؤســـسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت ــ الأشباه والنظائر للســـيوطى ص ١٥٠ ، ١٥١ ــ دار احياء الكتب العربية •

ومن قواعد الفقهاء فى معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندى : « من ضمن مالا فله ربحه »[1] .

وعلى هذا الأساس نقول : ان البنك وقد ضمن عميله فى خطاب الضمان فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشراكته مع العميل فى هذه العملية ((شراكة عقد)) محله ضمان عمل العميل ، وضمان العمل نوع من العمل[2] . وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالعمل ، يكون تارة بالضمان ، وساقت المادة ١٣٤٧ من مجلة الأحكام العدلية مثلا لذلك فنصت على أنه :

« اذا أخذ واحد من أرباب الصنائع تلميذا عنده وأعسله ما تقبله وتعهده من العمل بنصف أجرته فيكون جائزا والكسب يعنى الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقا لذلك التلميذ بعمله ويكون نصفها الآخر مستحقا للأستاذ أيضا **بتعهده وضمان العمل** ».

فالمثال المذكور قدر حق المتعهد والضامن النصف فى كسب المتعهد العامل المضمون فى عمله .

وعلى هذا النحو لا يجوز أن يكون حق البنك متمثلا فى نسبة من قيمة خطاب الضمان فذلك واضح الشبهة بل صريح الربا فما يأخذه البنك فى هذه الحالة سحت ومن ثم كان والأعدل والأصوب هو أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التى يتم الاتفاق عليها بينهما وبذلك تخرج عمليات خطابات الضمان عن الكفالة بمعناها الدقيق والضيق وتصير بما تحمله من مستحدثات العرف المصرفى نوعا من الأنشطة الهامة والرئيسية فى المصارف .

---

(١) انظر أخبار القضاة لوكيع بن حبان ج ٢ ص ٣١٩ ، ط . عالم الكتب — بيروت — مشار اليه فى القواعد الفقهية لعلى أحمد الندوى ص ٨٣ — ط . دار العلم — دمشق .

(٢) انظر المادة ١٣٤٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(جـ) ان العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى ـ كما هى القاعدة الفقهية المستقرة ـ فليس البنك بمقترض ولا المستفيد مقترضا والعملية كما تجرى فى الواقع العملى خطاب ضـمان صادر من البنك بمبلغ محدد لصـالح المستفيد وغير مغطى كليـا أو مغطى جزئيا ويأخذ حكم الأول فى الجزء الغير مغطى .

● تقييم هـذا الرأى عمليـا :

قد يقول قائل : إن المتعـاملين سيحجمون عن التعـامل مع البنك الاسلامى لأن نسـبة الفائدة المصرفية ستكون أقل من نسـبة الربح مما يغريهم بالتعامل مع البنوك الربوية ، وهذا القول يتجاهل ما يأتى :

ـ ان دخول البنك الاسـلامى كشريك فى العملية يخفف مخاطر العميل ومن ثم تثور مسـألة جواز تحمل البنك لنصيبه فى المخاطر بنسبة الربح لمجرد الضمان والحصول على نسـبة ربحه وعلى ذلك تكون نسبة الربح أسـاس عادل لتحديد نسبة التحمل فى الخسارة فى حالة الشركة على أساس الضمان فقط .

* * *

المبحث الثالث

الاعتمادات المستندية

● تقــديم :

ان نظام الاعتمادات المستندية من معطيات العمل المصرفى فى البنوك التجارية (الربوية) ثم استعير العمل بها فى المصارف الاسلامية بعد تطويعها لمعطيات العمل المصرفى الاسلامى وصيغ تشغيل الأموال واستثمارها فيه وبخاصة صيغتى المرابحة للآمر بالشراء والمشاركة .

ولما كان نظام الاعتمادات المستندية أصبح أساسا فى التجارة الخارجية ويقوم على شبكة من المراسلين فى الخارج يختلف نظام عملها فى صلبه عن نظام العمل فى المصارف الاسلامية التى لا تتعامل بالفائدة أخذا وعطاء ، فان ذلك يفرض صعوبة عملية ومشكلة حقيقية فى عمل المصارف الاسلامية لا حل لها الا باتساع نطاقها واقامة تعاون حقيقى بينها على أساس المعاملة بالمثل بلا محظورات شرعية أو على أساس نظام الودائع المتبادلة بحسب عملة بلد البنك المراسل مع الاذن باستعمال تلك الوديعة بدون « فائدة أو عائد ربوى » .

هذا وان الاعتماد المستندى فى جوهره وفنياته لا يختلف فى عمليات المرابحة لطالبى الشراء أو الآمر بالشراء عن عمليات المشاركة الا فى أن المصرف فى العمليات الأولى يشترى لنفسه ابتداء بمعنى أنه يمتلك السلعة قبل بيعها لطالبها ثانية على حين أنه فى المشاركة فالسلعة للطرفين (البنك والعميل) أى مملوكة لهما وان اختلف مقدار ملكية كل منهما بما يترتب عليه من آثار أو نصيب فى العائد المتحقق ان وجد .

* * *

أولا ــ تحديد المســـألة :

١ ــ نعتبر الاعتمادات المستندية أســاسا وسـيلة من وســائل الدفع فى التجارة الخارجية وان كانت أكثر وســائل الدفع انتشــارا ولا يمنع ذلك من استخدامها فى التجارة الداخلية أيضا .

٢ ــ الاعتمادات المستندية كوسيلة دفع قد يصحبها « ائتمان » بل ان الاعتمادات المستندية وان كانت بحسب الأصل وسيلة دفع مما يفترض غطائها ويكون الاعتماد المستندى كضمان للتنفيذ الا أن هــذا الأصل أصبح استثناءا ، فالغالب الأعم الآن هو اقتران الاعتماد المستندى بـ « ائتمان » .

٣ ــ ان نظام الاعتمادات المستندية نفســه فى تطور هائل للثورة المستمرة فى « تكنولوجيا » النقل والمستندات .

٤ ــ ان مجموعة القواعد والأعراف (العادات) الموحدة للاعتمادات المستندية المعدلة فى٢١ يونيه سنة١٩٨٣ والمعمول بها اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٨٤ ليست معاهدة دولية ومن ثم فليست ملزمة الا باتفاق أطراف الاعتمــاد المســتندى ومن ثم فان فى وســع كل طرف أن يحــاول فرض شروطــه قــدر اســتطاعته مثل (م ٥ ، م ١٠/جـ ، م ١١/ب م ١٢/ب) .

٥ ــ ان التخريج الشرعى للعمليات المختلفة لنظام التعامل بالاعتمادات المستندية يقتضى تعقبا دقيقا لهذه العمليات والمراحل التى تمر بها واعطاء كل عملية ومرحلة الوصف الشرعى الدقيــق وما يقوم عليه من أحكام شرعية وهو ما نشرع فيــه فيما يلى ..

* * *

ثانيا ــ التخريج الفقهى للاعتمادات المستندية والحكم فيها :

لتبسيط العرض سأتناول الاعتمادات المستندية فى حالتيها ولعــل هذا التبســيط يساعد كثيرا فى حل الكثير من مشاكلها القانونية والفقهية بل والفنية الاقتصادية .

أ ـ **الحالة الأولى :** الاعتمادات المستندية كوسيلة دفع :

اذا كان هـذا هو الأصل فى الاعتمادات المستندية بما يفرضه من أن تكون مغطاة بالكامل فان ذلك المعنى الجوهرى هو الذى حدى بالبعض الى أن يعرف الاعتماد المستندى بأنه :

« تعهد مكتوب يصدره البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب عميله يتعهد البنك بمقتضاه للمستفيد (المصدر) كطرف ثالث بأن يدفع أو يقبل أو يخصم قيمة الكمبيالات المصاحبة لمستندات الشحن اذا كانت مطابقة لشروط الاعتماد » .

وهذا هو التعريف الشائع لدى الباحثين والفقه القانونى ، ويبدو لنا أن التعريف الذى أوردته المادة الثانية من مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية الصادر بها منشور غرفة التجارة الدولية رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٨٣ اذ نصت على :

« ان اصطلاح الاعتماد المستندى أو الاعتمادات الضامنة تعنى : أى ترتيب مهما كانت تسميته أو وصفه بمقتضاه يقوم البنك (البنك المصدر) بعمل بناء على طلب ووفقا لتعليمات عميله (طالب الاعتماد) :

١ ـ بالدفع الى أو لأمر ثالث (المستفيد) أو بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة بواسطة المستفيد .

٢ ـ أو بتفويض بنك آخر بأن يقوم بهذا الوفاء أو بدفع قيمة هذه الكمبيالات أو قبولها أو خصمها .

مقابل مستندات مشترطة على أن تكون نصوص وشروط الاعتماد قد روعيت .

وفى اطار هذا التحديد للاعتماد المستندى القائم على :

١ ـ أن الاعتماد مغطى بالكامل من طالب الاعتماد .

٢ ـ أنه تعهد بالدفع أو القبـول أو الخصم يقوم به البنك المصدر أو مراسلة للمسـتفيد .

نستطيع أن نقول ان هـذه العملية تدخل فى معنى الوكالة بمعناها الفقهى ، فطالب الاعتماد يوكل البنك (البنك المصدر) فى القيـام بعمل وفقا لتعليماته ويجوز للوكيل أن يوكل غيره فى حـدود ما وكل فيـه فيجوز للوكيل الأصلى ـ وهو البنك المصدر للاعتماد ـ أن يقوم بالدفع أو القبـول بنفسـه أو بواسطة غيره وهو البنك المراسل .

وتبعد هـذه العملية عن أن تكون « اجارة » اذ الوكيل وان كان يعمل باسـمه الا أنه لابد أن يفصـح عن صفته كوكيل وأنه يعمـل لحساب موكله فيما يقوم به من أعمال وليس هكذا الأجير ، وهذا المعنى هو الذى جعلنـا نؤثر التعريف الوارد للاعتمادات المستندية فى مجموعة القواعد والعادات الدوليـة سالف الذكر اذ جاء به :

« أن يقوم البنـك المصدر بعمل بناء على طلب وفقا لتعليمات عميل (طالب الاعتماد) .. » .

٢ ـ **الحالة الثانية** : الاعتمادات المستندية كوسـيلة دفع مقترنه بائتمان ومصحوبة به :

وهـذه الحالة وان كانت ليست هى الأصل فى نظام الاعتمادات الا أننا لا نسـتطيع أن نجرد الواقع العملى منها وما يصاحب الاعتماد المسـتندى من ائتمان جعل البعض يضيف الى تعريف الاعتماد المستندى بالمعنى السـابق عبارة أخرى على النحو التالى :

« تعهد صـادر من البنك بناء على طلب العميل (الآمر) ...... وذلك بشروط معينة واردة فى هذا التعهد **ومضمون برهن حيازى على المستندات** الممثلة للبضاعة المصدرة »[1] .

---

(١) د. على البارودى ـ العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٧٢ ط ٢ ـ ١٩٦٨ ـ الاسكندرية .

وبهذا الاعتبار «الائتمان» عرفت المادة ٢٨٣ من مشروع القانون التجاري المصرى الاعتماد المستندى بقولها :

« الاعتماد المستندى اعتماد يفتحه المصرف بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الآمر) لصالح شخص آخر (يسمى المستفيد) **بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل ..... »** .

ويؤكد هذه الطبيعة للاعتماد المستندى أى التى يقترن فيها بائتمان ما تنص عليه المادة (١٧) من مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية من أنه :

« لا تتحمل البنوك أية تبعة أو مسئولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو التزوير أو الأثر القانونى لأية مستندات أو عن الشروط العامة و/أو الخاصة التى تشترط فى المستندات أو تكون مضافة عليها .

ولا تتحمل أية تبعة أو مسئولية عن الوصف أو الكمية أو الوزن أو الجودة أو الحالة أو التعبئة أو التسليم أو القيمة أو وجود البضاعة التى تمثلها أية مستندات أو عن حسن نية أو سلامة تصرف . و/أو السهو أو يسار أو تنفيذ التزامات أو سمعة المرسل أو الناقلين أو المؤمنين على البضاعة أو أى شخص آخر أيا كان » .

تأسيسا على ما تقدم وباستثناء حالة **السداد المقدم** (Advance Payment) فى الاعتمادات المستندية فانها جميعا تمثل تمويلا للتجارة الخارجية لمدد متفاوتة ففى استطاعة كل من المستورد والمصدر الحصول على تسهيلات ائتمانية بموجب الاعتماد المستندى فيستطيع البائع الحصول على ائتمان بموجبها كاستخدامها فى غطاء اعتماد مقابل (Back to Back) ويستطيع المشترى أن يحصل على ائتمان بموجبها كاستخدامه للتسهيلات المصرفية أو اعادة التمويل .

ولا شك أن صور التمويل السابقة التى تقترن بالاعتمادات

المستندية وتقوم عليها تكون لقاء فائدة ربوية ومن هنا كانت المعاملة محرمة ما لم تتحرر من هذه الفوائد بصيغة مشروعة أو بديل اسلامى وهذا هو التحدى المطروح على البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية فى نطاق التجارة الخارجية •

* * *

ثالثا ـ البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات المستندية النظيفة :

١ ـ لما كان قيام المصارف فى الاعتمادات المستندية بدور المتعهد بالدفع فى اطار السداد المقدم من طالب الاعتماد يمثل نسبة ضئيلة جدا فى التجارة الخارجية التى تعتمد جميعها تقريبا على التسويل بفائدة ربوية فان دخول البنوك الاسلامية فى هذا المضمار يشكل تحديا خطيرا لنظامها القائم على عدم التعامل بالفائدة ، ولكن كيف يتم ذلك ؟

٢ ـ اذا كانت البنوك فى نظام الاعتمادات المستندية وما تقوم عليه من ائتمان بضمان مستندات البضاعة أو حيازتها فى مخازنها أو رهن المستندات أو أن تصدر بوليصة الشحن باسم البنك الممول والفاتح للاعتماد فان كل ذلك يشكل أساسا وسائل لضمان حصول البنك على « تسويله » للعملية وليست أسبابا حقيقية للملكية بمعناها الصحيح وهو « الاختصاص الحاجز » ، الاختصاص بالشىء محل الملك المخول لسلطات المالك والحاجز لغير البنك المالك من الانتفاع والتصرف فيه الا عن طريقه وبسببه •

والتطبيق العملى السليم لذلك يتمثل فى ضرورة **قلب العلاقة** بين العميل والبنك فيصبح البنك مالكا للسلعة كليا أو جزئيا ، والمتعامل معه (الآمر أو الطالب) شريكا أو وكيلا أو أجيرا •••

وهذا الوضع الذى يفرضه نظام عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية على نظام التجارة الدولية ومن ثم مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية التى يجب أن تفسح

المجال فى نصوصها لمثل هذا التعامل بادخال تعديل أو استدراك على نص المادة التى تعفى البنوك من التبعة والمسئولية عن البضاعة مكتفية بالتركيز على المستندات فقط ومدى مطابقتها لشروط فتح الاعتماد وهذا الوضع الطبيعى لنظام الاعتمادات المستندية القائم على الائتمان فقط •

وهذا الدور الجديد الذى يفرضه نظام عمل البنوك الاسلاميه يضيف ضمانا وأمانا مفتقدين فى نظام التجارة الدولية ، والدليل على ذلك ما أسفر عنه نص المادة السابعة عشر من مجموعة القواعد والعادات الدولية للاعتمادات المستندية اذ يتعرض هذا النص لنفى المسئولية عن البنوك فى حالة عدم صحة أو تزوير المستندات وهى مشكلة قائمة بحدة على المستوى الدولى فقد حكم مجلس اللوردات حديثا بأن البنك ليس له أن يمتنع عن الوفاء الى المستفيد اذا كان هذا المستفيد يجهل واقعة تزوير المستندات[1] •

ومن أشهر حوادث تزوير المستندات التى تعتبر عمليات نصب على البنوك :

— استعمال أسماء بنوك غير موجودة أو مستندات مزورة لبنوك موجودة فعلا •

— تقديم مستندات تفيد شحن البضاعة على سفينة معينة ويتضح فيما بعد أنه لا توجد بضاعة وتشاهد السفينة فى رحلات جديدة تحت اسم آخر •

وفى ظل هذا التنظيم الجديد الذى يفرضه نظام عمل المصارف الاسلامية تختفى صور التحايل لاضفاء صفة الملك أو المالك على البنك لمجرد ارتهانه لمستندات البضاعة أو حيازتها اليه فى

---

(١) انظر :
Leading Coses in London and N.Y. in 1982 ; gfl R. Jan, 1983.p.4.
مشار اليه فى د. محيى الدين اسماعيل علم الدين — أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ص ٣٩

مخازن أو استعارة اسم البنك على بوليصة الشحن أو فرضها على الآمر أو طالب الاعتماد ، وفى كل هذه الصور لا يتحمل البنك تبعة هلاك البضاعة لأنه ليس هو المالك الحقيقى لها .

كما تختفى صورة افتراض وكالة الشاحن أو الناقل ومن ثم تصحيح تصرفه بالبيع للسلعة فالوكالة لا تفترض .

ولا يقتضى قلب العلاقة بين البنك الاسلامى والمتعامل معه سوى جدية وكفاءة البنوك الاسلامية فى الاضطلاع بهذا الدور فى التجارة الدوليــة .

* * *

رابعا — أنواع الاعتمادات المستندية وموقف البنك الاسلامى منها :

فى اطار هذا التنظيم القائم على قلب العلاقة بين البنك الاسلامى والمتعامل معه طالب الاعتماد ، والذى يكون فيه البنك مالكا كليا أو جزئيا للسلعة والمتعامل معه وكيل أو أجير أو شريك — تسرى أيضا كل أنواع الاعتمادات المستندية المعروفة فى التجارة وهى :

١ — الاعتماد المستندى القابل للالغاء (Revocable)

٢ — الاعتماد المستندى غير القابل للالغاء (Irrevocable) والشرط .

وهذين النوعين من أنواع الاعتمادات يتوقفان على الشرط الذى يشترطه المستفيد أو البائع ، فاذا اشترط الأخير عدم قابلية الاعتماد للالغاء وقبله الأطراف الأخرى فلا بأس به مع مراعاة حق البنك فى اشتراط عدم البراءة من العيوب الخفية فى السلعة .

٣ — الاعتماد المستندى المعزز (Confirmed) والكفالة :

وهى الصورة الأكثر شيوعا واستخداما فى التجارة الخارجية وتعزيز الاعتماد هنا يكون بناء على طلب المستفيد البائع أو المصدر للبنك المبلغ للاعتماد أن يلتزم بنفس التزام البنك فاتح الاعتماد ولا يتم تعزيز الاعتماد الا بناء على طلب البنك المنشىء للاعتماد والمصدر له .

وهذا النوع أو هذه الصورة للاعتمادات المستندية نوع من الكفالة التى تضم فيها ذمة البنك المبلغ للاعتماد (البنك المؤيد) الى ذمة البنك الفاتح للاعتماد والمصدر له ويكون كل من البنك المؤيد والبنك المصدر متعهدا بالدفع أو بالوفاء •

٤ ــ اعتماد غير معزز (Unconfirmed) :

ويقوم على الثقة بين المستفيد والبنك المصدر المنشىء للاعتماد •

٥ ــ الاعتماد القابل للتحويل (Transferable) **وحوالة الحق :**

وبموجبه يحق للمستفيد أن يطلب من البنك الملتزم بالدفع بتحويله كليا أو جزئيا لشخص أو أشخاص آخرين فى نفس البلد أو بلد آخر •

وهذا الاعتماد تسرى عليه أحكام حوالة الحق فى الفقه الاسلامى وهى جائزة عند جمهور الفقهاء(١) •

ومما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية أن البائع ــ وهو هنا المستفيد ــ له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض • مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه (م ٢٥٢) •

***

خامسا ــ طرق الدفع فى الاعتمادات المستندية(٢) وموقف البنك الاسلامى منها :

تأسيسا على ما تقدم من ضرورة تعديل الدور الذى تؤديه المصارف الاسلامية فى الاعتمادات المستندية وما قد يعكسه ذلك على طرق الدفع على النحو التالى :

---

(١) انظر المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم ــ الالتزامات فى الشرع الاسلامى ص ٢١٨ وما بعدها .

(٢) انظر فى طرق الدفع العادية الأستاذ عبد القادر عثمان فى بحثه الشامل : « الاعتمادات المستندية بين التجهيز والتنفيذ » ص ٢٠ وما بعدها الطبعة الثالثة ــ نوفمبر ١٩٨٩ (بتصرف) .

١ ــ الدفع المقــدم (Advance Payment) :

يتم الاتفاق على دفع نسـبة معينة من قيمة السلعة مقدما للمستفيد بموجب ايصال استلام وخطاب ضمان بذات القيمة •

على أن يتم دفع الباقى للمستفيد عند تقديمه لمسـتندات الشحن مطابقة لشروط الاعتماد أو على آجـال طويلة بموجب كمبيالات مقبولة الدفع من المستورد (وذلك بافتراض أن هناك تطابق حقيقى بين البضاعة والمستندات وليس فقط التعامل على المستندات) •

وهذه الطريقة للدفع تقارن طريقة العربون فى الفقه الاسلامى والتى يجيزها الامام احمـد رحمه الله بتوسـع[٢] • بل ان الدفع فى الحـالة المـاثلة تم على اسـاس ان هـذا المقـدم جزء من ثمن المبيع دفـع معجلا وهو ما يرى الامام مالك أنه لا بأس به[٢] •

٢ ــ الدفع الفورى أو بالاطـلاع (At sight) :

اذ يتم فى هـذه الحالة دفع القيمة للمستفيد البائع بمجرد الاطلاع على مسـتندات البضاعة ومطابقتها لشروط الاعتماد فلا بأس أن يؤدى الثمن أو القيمة على هذا النحو من البنك باعتباره المـالك أو الشريك وفاتح الاعتماد أيضا • بل ان الأصل فى البيع المطلق أن يستحق الثمن معجلا ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلا أو يقسط لأجـل معلوم (م ٤٨٣ من القانون المدنى الأردنى) •

٣ ــ الدفع الآجل أو بالقبـول (Acceptance) :

فى هذه الحالة يتم الاتفاق بين المصـدر والمستورد على أن الدفع سيتم آجلا (تسهيلات موردين) ويقوم المستفيد بتقديم المسـتندات

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٥٨ وما بعدها اذ يذهب الامام الى ان المشترى يفقد العربون اذا كره البيع •
(٢) انظر الموطـأ جـ ٢ ص ٦٠٩ وما بعدها •

للبنك المراسل رافقا بها كمبيالة / كمبيالات ترسل الى البنك فاتح الاعتماد لقبولها بصفته مشترى مقابل استلامه لمستندات الشحن وتعاد مرة أخرى للمستفيد لتحصيل قيمتها فى تاريخ الاستحقاق •

وطريقة الدفع المؤجلة والمعززة بقبول المشترى جائزة ولا مانع شرعا من اجرائها على أساس أن البنك مشترى وفاتح للاعتماد[1] •

وقد لا توجد بيد المستفيد كمبيالات بالثمن أو قيمة البضاعة تقدم للقبول ويكون الاتفاق فقط على تأجيل الدفع فى تاريخ الاستحقاق •

* * *

سادسا ـ شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية وموقف الفقه الاسلامى منها :

لا شك أن شروط العقد تحدد التزامات كل طرف فيه أو أطرافه ومنها شروط التسليم للبضاعة محل العقد ونقتصر هنا على أهم الالتزامات التى تحدد أهم شروط التسليم فى عمليات التجارة الخارجية ، وشروط التسليم تختلف باختلاف مكان التسليم •

ومما يجدر ذكره أن ما يتم الاتفاق عليه بين أطرافه على أساس التراضى يصير التزاما تعاقديا واجب التنفيذ ، كما أن ما لم يتم الاتفاق عليه وعليه جرى التعارف والتعامل على جرى العادة صار محكما فالعادة محكمة والعرف مصدر للأحكام ما لم يخالف الشرع الاسلامى الحنيف •

ومن هذا المنطلق وعلى هذا الأساس تكون مجموعة القواعد والعادات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبار بشرط

---

(١) تنص المادة ٤٨٤ من القانون المدنى الأردنى على انه :

« اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا فان الأجل يبدأ من تاريخ تسلم المبيع » •

عدم مخالفة أحكام الشرع الاسلامى وكذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ • ومكان التسليم تتعلق به بعض الأحكام التى تضمنتها نسرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ ومن ثم تكون واجبة التنفيذ لمن يلتزم بها وذلك على النحو التالى[1] :

١ ـ تسليم البضاعة فى مكان منشأها (انتاجها) وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشترى والتى نصت عليها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ على وجه الدقة والتفصيل قطعا للنزاع وحسما لأى خلاف قد يثور ، ومن أهم التزامات البائع :

« وضع البضاعة تحت تصرف المشترى فى الموعد والمكان المحددين بشروط العقد واخطار المشترى بذلك فى وقت مناسب » ، ومقابل هذا الالتزام يكون من أهم التزامات المشترى :

« تحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه » •

٢ ـ التسليم على رصيف ميناء البائع Free along side (F.A.S.)

وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشترى ومن أهم التزامات البائع :

توريد البضاعة مطابقة لشروط العقد وتسليمها فى المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بميناء الشحن واخطار المشترى بدون ابطاء بذلك » •

ومن أهم التزامات المشترى :

« تحمل كافة المسئوليات والأخطار والمصاريف من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه بجوار الباخرة » •

(١) تنص المادة ٤٤٦ من مرشد الحيران على انه : « اذا اشترط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين لزمه تسليمه فى المحل المذكور » •

٣ ـ التسليم على ظهر الباخرة Free on Board (F.O.B.)

٤ ـ التسليم فى ميناء المشترى Cost and Freigt (C.A.F.) .

وتحت هذا الشرط تتحدد التزامات كل من البائع والمشترى أيضا .

ومن العرض السابق لشروط التسليم المتبعة فى التجارة الخارجية وفقا لما نصت عليه نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ نستطيع أن نبرز ثلاث قضايا أساسية وهى :

(أ) وضع البضاعة تحت تصرف المشترى وفى المكان والزمان المحددين اتفاقا .

(ب) اخطار المشترى بذلك فى وقت مناسب .

(جـ) تحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر التى قد تحدث للبضاعة .

وحتى يمكن ابداء القول الفصل فى هذه القضايا الثلاث نعرض بايجاز شديد لموضوع آثار البيع فى الفقه الاسلامى .

وآثار البيع فى الفقه الاسلامى تسفر عن التزامات البائع والتزامات المشترى .

أولا ـ التزامات البائع الجوهرية : تنقسم الى قسمين هما :

١ ـ **نقل الملكية :** وملكية المبيع تنتقل بمجرد تمام البيع الى المشترى ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

ومن أهم أحكامها أنه يجوز للبائع فى حالة ما اذا كان الثمن مقسطا أو مؤجلا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشترى حتى يؤدى جميع الثمن **ولو تم تسليم المبيع** ،**وهذا** شرط جائز لأنه من مصلحة العقد ونصت عليه المادة ١/٤٨٧ من القانون المدنى الأردنى المأخوذ من

أحكام الشريعة الاسلامية وإن دل ذلك على شيء فانما يدل على نظر ثاقب وبعيد لم تحظ به أو بمثله نشرة غرفة التجارة الدولية سالفة الذكر •

٢ ـ **تسليم المبيع** : فالبائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى مجردا من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضرورى من جانب لنقل الملكية اليه ، واذا سلم البائع المبيع الى المشترى بصورة صحيحة أصبح غير مسئول عما يصيب المبيع بعد ذلك • والتسليم يتم :

ـ بالفعل •

ـ أو بالتخلية وهى الاذن للمشترى بقبض المبيع مع عدم وجود مانع دون تسليم المشترى اياه[١] •

ـ يكون التسليم فى كل شيء بحسبه ويختلف باختلاف حاله ، فتسليم العروض مثلا يكون باعطائها ليد المشترى أو بوضعها عنده أو باعطاء الاذن له بالقبض باراءتها له (انظر المادة ٢٧٤ من مجلة الأحكام العدلية) •

ـ وقد يكون التسليم حكميا أو يتم حكما ، فمثلا[٢] :

ـ تسجيل المبيع باسم المشترى اذا علقت الملكية على التسجيل الرسمى يعتبر تسليما حكميا •

ـ اذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشترى •

ـ اذا أنذر البائع المشترى بتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلما فلم يفعل •

* * *

---

(١) انظر المادة ٢٦٦ من مجلة الأحكام العدلية •
(٢) المادة ٤٩٦ من القانون المدنى الأردنى والمادة ٤٣٥ وما بعدها من مرشد الحيران •

ثانيا ـ التزامات المشترى الجوهرية : دفع الثمن ـ تسلم المبيع ـ النفقات .

● **فائدة :**

تظهر فائدة التحديد الدقيق لمسألة التسليم والقبض فى تحديد تبعة هلاك المبيع وهى قبل التسليم تقع على البائع وبعده على المشترى .

ولا شك أن الأعراف والعادات والمنشورات التى تصدرها غرفة التجارة الدولية تحدد فيها على وجه الدقة متى تعتبر البضاعة تحت تصرف المشترى ومتى يتحمل المشترى المصاريف والمسئوليات والمخاطر التى قد تحدث للبضاعة فى كل حالة من حالات تسليمها الأربع لهو جدير بالاعتبار والالتزام اذا ما لم يتم الاتفاق صراحة على غيرها .

كما أن صور التسليم الحكمى التى تطرق اليها الفقه الاسلامى على ما سبق بل وقننته مجلة الأحكام العدلية والقانون المدنى الأردنى لجدير بالاعتزاز والاعزاز لهذا الفقه المتقدم الذى خدم به أهله أزمانا مستقبلة وأقواما لم يكلفوا أنفسهم حتى عناء البحث فى تراثهم الرصين القديم الجديد .

* * *

المبحث الرابع

خدمة الأوراق التجارية

(استلامها وحفظها وتحصيلها وخصمها)

وموقف الفقه الاسلامى منها

أولا ــ الأوراق التجارية :

صكوك تحرر فى شكل خاص قابلة للتداول بالطرق التجارية بما نشأه من حق نقدى شخصى وتستحق الأداء والدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل معين وتعتبر الأوراق التجارية من أهم وسائل الائتمان التجارى وهى :

الكمبيالة ــ والسند الاذنى ــ والشيك • ولم يأت لمشرع المصرى بتعداد الأوراق التجارية على سبيل الحصر وانما جاء بأشكال معينة للأوراق التجارية السائدة فى المعاملات •

وتستعمل الكمبيالة فى المعاملات التجارية ، أما السند الاذنى والشيك فيستخدمان فى المعاملات التجارية والمدنية ، ومن المعروف أن المعاملات التجارية والمدنية تتمتع بضمانات خاصة نص عليها القانون التجارى ومن هنا اشترط المشرع التجارى شروطا الزامية فى الكمبيالة والسند الاذنى اذا تخلفت فقد السند شكله القانونى كورقة تجارية تخول حق تحرير برتستو عدم الدفع واتخاذ اجراءات الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة خلال المدة القانونية وتسرى عليها قواعد التظهير والتقادم الخمسى وضمان الوفاء بطريقة التضامن فى حق ساحبها والمسحوب عليه والمحيل والتداول بطريق التظهير وعدم الاحتجاج على حاملها بالدفوع التى للمدين على المظهرين السابقين • والبيانات الالزامية فى الكمبيالة عشرة هى :

- تاريخ انشاء الكبيالة . — تاريخ استحقاق الكمبيالة .
- مكان الوفاء . — مبلغ الكمبيالة .
- وصول القيمـة . — شرط الاذن أو شرط الحامل
- توقيع الساحب . — اسم المسحوب عليه .
- اسم المستفيد . — عـدد النسـخ .

والبيانات الالزامية فى السند سبعة هى :

- تاريخ الانشاء . — ميعاد الاستحقاق .
- مبلغ السـند . — شرط الاذن .
- وصول القيمـة . — اسم المستفيد .
- توقيع المحرر .

بيانات الشيك التى يتعين أن يشتمل عليها سبعة هى :

- أمر بالدفع لدى الاطلاع .
- تاريخ السحب . — مكان السحب .
- مبلغ الشـيك . — اسم المسحوب عليه .
- اسم المستفيد . — توقيع الساحب .

ثانيا ـ العمليات المصرفية التى تجرى على الأوراق التجارية وضابطها الفقهى :

(أ) استلام الأوراق التجارية وحفظها :

تسلم الأوراق التجارية الى البنك مرفقة بحافظة مستوفاة لمجموعة من البيانات التى يجب أن تشتمل فى هذه المرحلة على :

- كافة التعليمات الصادرة الواجب تنفيـذها واتباعها من المتعامل مع البنك .

- أن تكون محولة لأمر البنك بحسب الغرض من هـذا التحويل فهنـاك :

- التظهير التـام الناقل للملكية .
- التظهير التوكيلى أى للتحصيل .
- تظهير للتأمين أو الرهن .

وتصنيف الأوراق التجارية فى أرقام مسلسلة بحسب الغرض من تقديمها للبنك ، فهناك مثلا :

- كمبيالات التحصيل .
- كمبيالات القبـول .
- كمبيالات الخصم .
- كمبيالات التـأمين .

وهذه العمليات تتناولها من الناحية الفقهية على النحو التالى :

(ب) تحصيل الأوراق التجارية :

سـواء أكانت كمبيالات التحصيل تستحق الدفع داخليا أو خارجيا فان هناك مجموعة من الاجراءات المحددة التى يقوم بها البنك كوكيل عن المتعامل مع البنك وطبقا لتعليماته مقابل ما يتقاضاه البنـك من عمـولة والمصاريف وان كانت تدفع أو تخصم مقدما والدفع المقدم للعمل الذى يقوم به البنك أمر جائز شرعا .

وتحصيل الكمبيالات من الأمور التى يجوز للعميل أن ينيب غيره فيهـا ومن ثم تجوز الوكالة فيها طبقا للتعليمات الصادرة من العميل دون أن يتجاوزها البنك والا خرج عن حدود وكالته ويتحمل مسئولية ذلك ما لم يجيزها الموكل ، وتعليمات أصحاب الكمبيالات الكتابية واجبـة الاتباع سـواء فيما يتعلق بالتحصيل المقرون بالدفع نقدا أو بالتسوية على الحساب الجارى أو المحصلة بحوالة بريد أو الكمبيالات المؤجلة أى التى يطلب أصحابها تأجيل مواعيد استحقاقها أو الكمبيالات المعـادة بدون دفـع وبخاصة حالات تحرير بروتستو عدم الدفع أو ايقافه يجب أن تصدر به تعليمات كتابية ويقـوم البنك بتنفيـذها كوكيل حسب الاجراءات المصرفية الواجبة الاتباع فى عمل البروتستو وكذلك مراعاة المواعيد المحدده لتلك الاجراءات ، واذا جاوز البنك حدود وكالته فلا يلتزم الموكل بشىء

من ذلك بل ويستطيع أن يحتج بالدفع الناشيء عن التصرف الصادر من غير ذى صفة ومن ثم عدم مسئوليته •

● آثار البروتستو وفوائد التأخير والمصاريف :

يترتب على تحرير البروتستو عدة آثار هى :

ـ اثبات التقديم للوفاء •

ـ اثبات واقعة امتناع المدين عن الوفاء وهو اجراء لازم قبل اتخاذ اجراءات الرجوع على الملتزمين بقيمة الكمبيالة أو الضمان •

ـ سريان فوائد التأخير عن أصل قيمة الكمبيالة من تاريخ تحرير البروتستو طبقا للمادة ١٨٧ تجارى خلافا للقواعد العامة فى القانون المدنى طبقا للمادة ٢٢٦ مدنى التى تقضى بسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية ، أما فوائد مصاريف البروتستو وغيرها كمصاريف الدعوى فلا تسرى الا من تاريخ المطالبة القضائية طبقا للمادة (١٨٨) تجارى •

ـ بدء سريان التقادم الخمسى من تاريخ تحرير البروتستو (مادة ١٩٤ تجارى) وكل ذلك ما لم تتضمن الكمبيالة شرط الرجوع بلا مصاريف اذ بموجب هذا الشرط الاختيارى يعفى الحامل من واجب تحرير البروتستو ومن اعلانه للضمان ومن مواعيد رفع دعوى الرجوع وهذا الشرط لا ينتج أثره الا منذ اشتراطه ؛ فلو اشترطه أحد المظهرين اقتصر أثره على هذا المظهر وغيره من الموقعين اللاحقين له دون السابقين له (مادة ٢/١٦٣ تجارى) •

وقيام البنك الاسلامى بتنفيذ تعليمات أصحاب الكمبيالة بتحرير بروتستو عدم الدفع يجب أن يتطهر عمله فى هذه الحالة من الفائدة التى يحصلها لصالح موكله وهو اثم يجب أن ينأى عنه البنك لحديث

الرسول صلى الله عليه وسلم : « لعن الله فى الربا خمسة : آكله وموكله وكاتبه وشاهديه »[1] .

والبنك هنا كاتب وشهيد لأكل الربا فى عملية استيفاء قيمة الكمبيالة عن طريق البروتستو .

وبخاصة اذا كان نص المادة ٢٢٦ مدنى يجعل المطالبة القضائية بفوائد التأخير الزامية ومن ثم لا تسرى هذه الفوائد الا من تاريخ هذه المطالبة القضائية فلا تكفى المطالبة غير القضائية ولو كانت بانذار رسمى وكذلك لا تكفى المطالبة القضائية برأس المال وحده[2] .

(ج) الكمبيالات برسم الضمان أو المظهرة تظهيرا تامينيا ومشكلة تسوية التفوق :

وفى هذه الحالة تظهر الكمبيالة للبنك على سبيل الرهن ضمانا للوفاء بدين للمظهر اليه قبل المظهر ويتم ذلك وفقا لشروط نصت عليها المادة ٧٦ تجارى وبذلك يتقرر للمظهر اليه (البنك) على الكمبيالة حق عينى هو الرهن وتصبح فى حيازته بمثابة الحامل لها ومن ثم يكون له :

١ ـ تحصيل مبلغ الكمبيالة فى تاريخ الاستحقاق (مادة ٨٠ تجارى) .

٢ ـ المحافظة على حقوق المدين الراهن (المظهر) فى حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء والا كان الدائن المرتهن أو المظهر اليه تظهيرا تامينيا مسئولا عن تعويض الضرر الناشىء عن اهماله .

٣ ـ تسوية الحقوق بين المظهر والمظهر اليه اذا حل ميعاد استحقاق الكمبيالة وحصل المظهر اليه قيمتها وكان حقه قبل المظهر قد حل أجله

---

(١) انظر اعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ١٣٥ ـ دار الفكر ـ بيروت .
(٢) دكتور السنهورى ـ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٣ ص ٢٤٥ دار احياء التراث العربى .

أمـا اذا لـم يكن أجـل دينـه قبـل المظهر قـد حـل كان للدائن المرتهن أن يحتفظ بمبـلغ الكمبيالة حتى يحـل أجـل الوفـاء بحقـه ــ بدون فوائد ــ ثم يخصم من قيمة الكمبيالة بدون فوائد خلافا لمـا تنص عليه المـادة ١١٠٤/٣ من القانون المدنى التى تنص :

١ ــ ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون له دون مقابل •

٢ ــ وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك •

٣ ــ وما حصـل عليه الدائن من صـافى الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الاصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين •

والتعامل فى هـذا النوع من الكمبيالات على النحو السابق يستلزم ما يأتى :

ــ التأكد من قوة وسلامة هذا النوع من الضمانات سواء بالنسبة للدين نفسه أو بالنسبة لمركز المتعامل المـالى ولا يعرف لدينـا سبب قانونى أو شرعى للالزام بأن مقـابل الوفاء المثبت بالكمبيالة المقـدمة برسم الضمان أو غيره يكون « بضاعة » •

اذ أن مبدأ « الكفاية الذاتية » المتعين توافرها فى الكمبيالة لتمتعها بوصف الورقة التجارية يقتضى ألا يضاف بجوار عبارة وصول القيمة ما يربط بين التزام الساحب وتصرف آخر وان كانت عبارة « مقـابل الوفاء بضاعة » لا تحدث هذا الربط المحظور الا أن الالزام بها أيضـا لا مبرر لـه •

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان عتبار بيان وصـول القيمة الزاميـا فى الكمبيالة ينفرد به الآن التشريع المصرى (فى المـادة ١٠٥ تجارى) باعتبار أن ذلك بيانا لسبب التزام الساحب قبل المستفيد مع أن القاعدة أن التصرفات القانونية يفترض أن لهـا سبب مشروع الى أن يثبت العكس •

وتأسيسا على ذلك فإن اشتراط تعليمات البنك ضرورة مراعاة التأكد من « أن مقابل الوفاء المثبت بالكمبيالة تكون بضاعة » شرط لا يعبر عن مصلحة حقيقية ويتحول الى أمر شكلى لا طائل منه بل قد يكون معوقا وبخاصة اذا تأكد لدينا أن الكمبيالة أداة وفاء بالديون وتنشىء التزاما مجردا عن العلاقة القانونية السابقة التى رتبت هذه الالتزامات المالية وما يترتب على هذا الالتزام المصرفى من مبادىء أساسية وهى الصفة التجارية للورقة التجارية واجراءات التنفيذ المشددة وما ترد عليه من حق شخصى موضوعه دفع مبلغ معين من النقود ... الخ .

(د) خصم الكمبيالات :

خصم الكمبيالات أحد وسائل عمليات البنوك فى الائتمان المصرفى[1] وبموجبها يقدم المتعامل مع البنك الكمبيالة الى البنك قبل ميعاد استحقاقها للحصول على قيمتها مخصوما منها مبلغا معينا يسمى الخصم أو « الأجيو » ويتكون من ثلاثة عناصر هى :

١ ــ الفائدة . ٢ ــ العمولة .

٣ ــ المصروفات .

ويتم تقديم الكمبيالة للبنك بعد الاتفاق معه وتظهيرها له تظهيرا تاما ناقلا للملكية .

---

(١) الائتمان هو التنازل عن مال حاضر مقابل مال مستقبل وتتم عمليات الائتمان بوسائل قانونية متعددة من بينها عمليات الائتمان التجارى ومن وسائلها القانونية بعض الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند الاذنى والشيك) اما الائتمان المصرفى فوسائله عمليات البنوك كعقد القرض وخطاب الضمان وخصم الأوراق التجارية .

انظر : دكتور محمد حسنى عباس ــ الأوراق التجارية ص ٥ ــ دار النهضة ــ طبعة ١٩٦٧ ، دكتور جمال الدين عوض ــ الموجز فى القانون التجارى ص ٢٣٩ ــ طبعة ١٩٧٥ ــ دار النهضة العربية ، دكتور محسن شفيق ــ الموجز فى القانون التجارى ص ١٦٥ وما بعدها طبعة ٦٨/١٩٦٩ ــ دار النهضة العربية .

وعملية التظهير التام هذه تقوم على عدة عناصر استقر عليها العرف التجارى ونص عليها قانون التجارة فى المـادة ١٣٤ ـ أهمها :

١ ـ صدور التظهير عن ارادة صاحب الحق فى الكمبيالة •

٢ ـ أن يرد على مبلغ الكمبيالة جميعه •

٣ ـ مشروعية سبب التظهير قانونا •

٤ ـ لا يجوز تعليق التظهير على شرط •

٥ ـ يجب أن يتضمن التظهير شرط الأمر •

وعلى هذا النحو يترتب على التظهير :

٦ ـ نقل الحقوق الثابتة فى الكمبيالة وتوابعها الى الحامل الجديد ويكون له حق مباشر فى ذمة المظهر اليه مستمد من شكل الكمبيالة •

٧ ـ الضمان التضامنى للمظهرين قانونا قبل الحامل (مادة ١١٧ ، ١٣٧ تجارى) وذلك ما لم يتفق على غير ذلك وفى حدود هذا الاتفاق فقط الا أن يشترط الساحب عدم الضمان فيمتد أثر هذا الشرط الى جميع الموقعين اللاحقين •

وبهذا الالتزام التضامنى للمظهرين يختلف التظهير عن حوالة الحقوق المدنية اذ أن المحيل يضمن للمحال له فقط وجود الحق وقت الحوالة اذا كانت الحوالة بعوض (مادة ٣٠٨ مدنى) ولا يضمن المحيل يسار المدين وقت الحـوالة الا اذا اتفـق على ذلك كمـا أن ضمان يسـار المدين لا يمتد الى تاريخ الاستحقاق ما لم يتفق على ذلك (مادة ٣٠٩ مدنى)•

٨ ـ عدم الاحتجاج بالدفوع فى مواجهة الحامل حسن النية أو تطهير الورقة من الدفوع ضد الحامل حسن النية وذلك استنادا الى أن الكمبيالة تنشىء التزاما صرفيا مجردا أى حقا مباشرا للمظهر اليه قبل المدين بمعنى أن الالتزام الذى نشأ فى ذمة المظهر ليس هو ذات الحق الذى نشـأ عن العـلاقة القـانونية الخارجيـة ولكنه حـق جديد اندمج فى الورقة التجـارية يتمتع بذاتية مسـتقلة عن العقـد الذى كان سبب انشائه[1]•

❋ ❋ ❋

---

(١) انظر : دكتور محمد حسنى عباس ـ المرجع السابق ص ٩١

● التخريج الفنى لعملية الخصم :

وما سردناه من أحكام لعملية الخصم كما تجريها البنوك التقليدية أو الربوية وطبقا لما استقر عليه العرف المصرفى واستنادا الى نصوص القانون التجارى فى هذا الخصوص انما هو بقصد بيان حقيقة المسألة وتحديدها حتى يأتى التخريج الشرعى لها دقيقا ومن ثم يكون الحكم الشرعى كذلك •

وتأسيسا على ما تقدم فان عملية الخصم تقوم على :

تظهير تام ناقل لملكية الحق الشخصى الذى تتضمنه الورقة التجارية الى البنك وانتقال ملكية هذا الحق الى البنك مشفوعة بضمان قبول المسحوب عليه الكمبيالة وضمان قيامه بالوفاء بمبلغ الكمبيالة فى تاريخ الاستحقاق وعلى وجه التضامن وذلك دون توقف على قبول المسحوب عليه أو حتى اعلانه بعملية التظهير وهذه أوجه مفارقة بين التظهير للخصم وكل من :

١ ــ عقد حوالة الحق فى القانون المدنى نفسه لمنافاته مع ما تقدم من قواعد وأحكام •

٢ ــ عقد الوكالة التى يعمل فيها الوكيل لحساب الموكل الذى ترتد اليه حقوق العقد والتصرفات التى يبيعها الوكيل •

٣ ــ عقد القرض لعدم التماثل بين دين القرض وبدله •

٤ ــ بيع الدين بالدين لأن ما حصل عليه الحامل المظهر للورقة التجارية لا يعتبر دينا فى ذمته يلتزم برده وانما صار حقا له بعد التظهير التام والخصم ولا يتعارض مع ذلك كونه ضامنا لقبول المسحوب عليه وقيامه بالوفاء بذلك من قبيل التوثيق التابع لا الالتزام الأصلى •

٥ ــ ضع وتعجل فعملية الخصم ليست من هذا القبيل أيضا لوجود علاقتين قانونيتين فيها :

(أ) علاقة المظهر بالبنك المظهر اليه والذى أصبح مالكا للحق محل الورقة التجارية بكل توابعه وله على هذا الحق كافة سلطات المالك الدائن .

(ب) علاقة المظهر اليه (البنك الحامل للورقة) بالمدين الأصلى وهى علاقة جديدة منبتة عن علاقة المظهر بالمسحوب عليه بل ان التظهير يطهر الورقة التجارية من الدفوع التى يملكها المدين ويعمل بمقتضاها للوصول الى عرقلة أو رفض المطالبة بالدين ما دام الحامل للورقة حسن النيـة .

وعلى ضـوء ذلك اختلف الرأى فى تكييف هذه العملية ، فذهب رأى الى أن عملية الخصم عبارة عن « حوالة حـق » من نوع خاص اذ لا يضمن العميل وجود الدين فقط بل يضمن أيضا الوفاء به عنـد الاستحقاق وذلك بعكس الحوالة العادية .

وذهب رأى الى أن عملية الخصم أقرب الى القرض منه الى فكرة الحوالة[1] .

وذهب رأى الى أن عملية الخصم توكيل بأجر وتخصم قيمة الأجر مقدما من القرض المضمون الذى يسحبه العميل من البنك ، وأن ما يتنازل عنه العميل من قيمة الكمبيالة انما هو على سبيل الابراء والاسقاط[2] .

وذهب رأى الى أن عملية الخصـم من قبيـل « ضع وتعجل » المحرمـة[3] .

ولمـا كان تحديد المسألة كما تحصل أساس اسباغ الحكم الشرعى

---

(1) دكتور أمين محمد بدر ــ الأوراق التجارية ص ١٠ بند ٨ ، دكتور على يونس ــ الأوراق التجارية ص ٤٨

(2) مصطفى عبـد الله الهمشرى ــ الأعمـال المصرفيـة والاسـلام ص ١٤١ ــ ١٤٥ ، نقـلا عن الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ص ٣٣

(3) دكتور حافظ عبد الرحمن ــ المعاملات المصرفية والبديل عنها فى الشريعة الاسلامية ص ١٠٨ ، ١٠٩

عليها فلا يجوز افتراض أو تصوير المسألة على غير حقيقتها فى الواقع كأن يقال : ان العملية من باب القرض مع الضمان اذ المسألة يحددها أمران على جانب كبير من الأهمية هما :

١ ــ التظهير التام للكمبيالة لصالح البنك بمعنى انتقال ملكيتها للبنك .

٢ ــ مقصد الطرفين ــ حامل الكمبيالة والبنك ــ من العملية فالعبرة فى العقود المقصود .

وعلى هذا النحو من التحديد الواقعى للمسألة لا يسوغ شرعا اسباغ وصف الحوالة عليها لعدم التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليه[1] .

واذا كان القانون المدنى المصرى فى المادة (٣٠٨) يجيز أن تكون الحوالة بعوض ، وفى هذه الحالة يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة الا انه اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل فلا يلزم الأخير الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات (مادة ٣١٠ مدنى مصرى) ولا شك أن هذا مسلك قانونى قائم على مشروعية الفوائد المحرمة شرعا .

كما لا يسوغ شرعا اسباغ وصف الوكالة على هذه العملية اذ لا تعود أحكام عقد الوكالة على الموكل ــ وهو حامل الكمبيالة ــ وقد انقطعت علاقته بها بتظهيرها .

كما لا يسوغ شرعا اسباغ وصف عقد القرض على عملية الخصم لعدم التماثل بين الدين الذى حل فيه البنك وبين ما دفعه البنك لحامل الكمبيالة ، واذا انتفى التماثل والتساوى بين الدينين خرج عن أن يكون قرضا مشروعا .

---

(١) موسوعة الفقه الاسلامى الكويتية ــ نموذج رقم (١) الحوالة ص ٢٠٨

كما أن المسألة ليست من قبيل الابراء والاسقاط عن قيمة سعر الخصم لصالح البنك لأن البنك ليس مدينا لحامل الكمبيالة •

وكذلك ليست من قبيل « ضع وتعجل » لأن المسألة تقوم على أطراف ثلاثة هى : حامل الكمبيالة ـ والبنك ـ والمدين بقيمه الكمبيالة •

واذا خرجت المسألة عن أى من الأوصاف السابقة فلا تخرج فى حقيقتها كما تحصل عن أن تكون عملية بيع للدين للتظهير التام للكمبيالة من حاملها الى البنك ولكنه بيع نقد بنقد بزيادة يحصل عليها البنك متمثلة فيما تم خصمه مضافا اليه العمولة والمصروفات ، واذا انتفى التماثل فى حالة اتحاد الجنس أو التقابض فى حالة اختلاف الجنس وقع الربا المحرم •

***

الفصل الثانى

المشكلات العملية فى بيع المرابحة على ضوء الأصول الشرعية

- التصرفات والمعاقد جواهر المعاملات .
- من أحكام البيوع .
- أصول البيع مرابحة .
- عناصر تحديد الثمن فى المرابحة .
- العربون ومقدم الثمن فى المرابحة .
- مؤشرات تحديد الربح .
- الملكية والتسليم والتسلم فى المرابحة .
- المرابحة فى التجارة الخارجية والاعتمادات المستندية .
- المرابحة والبيع بالتقسيط .
- الضمانات الشرعية فى بيوع المرابحة وحالتى الاعسار والافلاس .
- تقدير صيغة التعامل بأسلوب المرابحة .

المبحث الأول

التصرفات والمعاقد جواهر المعاملات

لقد جاء التشريع الاسلامى على حين فترة من الرسالات والرسل ينظم للناس أمور دنياهم على أساس الدين ومن ثم الآخرة ، فاهتم التشريع الاسلامى بتنظيم وضبط علاقة الانسان بغيره وعلاقته بالمجتمع الذى يعيش فيه على أساس من تنظيم وضبط علاقته **بربه** .

وعلى هذا النحو يدور الفقه وتقسيماته الفقهية الى عبادات ومعاملات وجنايات ومواريث .... الخ وتدور الأحكام الفقهية كذلك.

وكل رسالة لها رسول ومن ثم لكل رسول رسالة يقول الله تعالى :

﴿ لقد ارسلنا رسلنا بالبينات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ... ﴾(١) .

وأحكام المعاملات هى المتعلقة بأعمال الانسان وتصرفاته التى يقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية .

والمعاملات ـ جمع معاملة ـ وهى تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات ومن ثم تعتبر العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس كالبيع بجميع أشكاله وأقسامه وأنواعه والشركات كذلك .... الخ .

ولقد غدت العقود تحتل أهمية بارزة فى المعاملات المعاصرة وبصفة خاصة فى المبادلات المالية والتجارة الداخلية والخارجية على وجه الخصوص اذ تعددت أطرافها وتشابكت العقود مع بعضها فى المعاملة

---

(١) الحديد : ٢٥

الواحدة كما ظهرت عقود جديدة كثيرة لا تدخل تحت مسمى العقود المعروفة أو المألوفة لدى الباحثين والفقهاء •

وبامعان النظر وانعامه فى التشريع الاسلامى ، نجد كثيرا من الأصول والقواعد الكلية التى تحكم نظرة الفقه الاسلامى الى العقود وتشكل الاطار العام المنضبط للنظر فى العقود على وجه العموم وتعين فى الوقت ذاته على ابراز سمات وخصائص العقود فى الفقه الاسلامى بما يميزه ويميزها أيضا ويثبت ذاتية هذا الفقه ويؤكد صلاحيته لكل زمان ومكان ويعطيه أولويته فى التطبيق العملى والممارسة الفعلية فى معاملات الناس بلا مجافاة للحياة والواقع ومصالح العباد ودون أن يكون ذلك على حساب الشرع بحال •

وتنقسم التصرفات فى النظر الفقهى الى تصرفات عدلية وتصرفات فضلية :

١ ــ التصرفات العدلية :

تشمل المعاوضات والمشاركات وتقوم على التعادل أو العدل بين التزامات أطرافها سواء تعارضت مصالحهم كما فى المعاوضات أو تكافأت وتساوت بأن كانت من طبيعة واحدة بحسب الأصل فيها كما فى المشاركات •

٢ ــ التصرفات الفضلية :

تشمل التبرعات بأنواعها كهبة ووصية وصدقة وقرض •

ويدور بحثنا على التصرفات العدلية وعلى البيع فيها وبيع المرابحة على وجه الخصوص فأساسه اذن العدل فى المعاملة والتعامل ، وعدل الانسان مع نفسه أساس العدل والقسط بالمقابلة لضده أو نقيضه وهو الظلم ، فأقسى أنواع الظلم هو ظلم الانسان لنفسه ، ومن هنا كان مطلب الدعاء الدائم للانسان من ربه أن يغفر له • يقول الله تعالى .

﴿ قالا ربنا ظلمنا أنفسنا وان لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين ﴾(١)

ولذلك كان الظلم خيانة وكان العدل أمانة وكانت المرابحة من بيوع الأمانة فكثير من أمورها وبياناتها موكول الى البائع وعدله وأمانته .

ولذلك قال فيها الامام أحمد بن حنبل رحمه الله : لا يؤمن فيها هوى النفس فى نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر وتجنب ذلك أسلم وأولى (٢) .

ويجب أن يكون كل ذلك مرعيا فى التعامل مرابحة وهو ما نعبر عنه باتقاء الخلابة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام : « اذا ابتعت فقل لا خلابة ... » .

والخلابة هى التغرير ، والتغرير له طرق هى :

(أ) التغرير باستعمال طرق احتيالية التى كثيرا ما تكون أعمالا مادية كمظاهر من الاعلان تخدع الناس أو اتخاذ صفات منتحلة أو اصطناع مستندات مزيفة .. وهذا النوع يسمى بالتغرير الفعلى ومرتكبه يضمن بلا خلاف .

(ب) التغرير بمجرد الكذب .

(جـ) التغرير بمحض الكتمان وعدم الافصاح عن الحقيقة ، والمشترى قد يعتريه استرسال واستئمان للبائع .

***

---

(١) الأعراف : ٢٣

(٢) انظر : الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٢ ص ٣٩٨ ـ طبعة جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، فقه المرابحة ـ دكتور عبد الحميد البعلى ص ٣٥

المبحث الثانى

من أحكام البيـوع

١ ـ البيع حـلال والربا حرام :

يقول الله تعالى : ﴿ **واحل الله البيع وحرم الربا** ﴾(١) .

ويقول سبحانه : ﴿ **الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كمـا يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ...** ﴾(٢).

فمن التخبط الدال على المس والجنون القول بأن البيع مثل الربا .

ووجه التلبيس أن كلا من البيع والربا فيه مبادلة مال بمال ولكن الحقيقة والمـاهية والوصف فى المبادلتين مختلف عن الآخر ، فالمبادلة فى البيع تقوم على شىء أو سلعة وثمن من غير جنسـه ومن هنـا وصفت بأنها بيع أى تمليك السلعة بنقد عاجل أو آجل ، أو المبادلة فى الربـا فتقوم على شىء من نفس جنسه أو مثله مع الزيادة وهى غير مقـابلة بعوض أو بشىء من عناصر المبادلة .

وعلى ذلك فتسمية الربا ثمنا أو أجرا لا يصادف حقيقة المسألة أو ماهيتها وانما يتأثر بوجه شبه فيها يتعلق بالوصف فقط ومن هنـا سمى البعض الربا ثمنا لشبه وجود المبادلة الحاصلة فى البيع ، وسماه البعض أجرا فى مقابل المنفعة التى يحصل عليها الآخذ للربا ، وهذه المنفعة ليست هى حقيقة المبادلة أو أحد عناصرها الجوهرية أو الأساسية وانما هى منفعة مظنونة وان كانت راجحة مع أحسن تقدير . ومن ثم قـد تحصل أو لا تحصل فهى غاية ونتيجة تترتب على المعـاملة وقد لا تحدث وبناء الحكم عليها يكون غير صحيح .

* * *

---

(١) ، (٢) البقرة : ٢٧٥

٢ ـ النهى عن بيع الغرر أو الضرر فى البيع :

الغرر أحد المحظورات الشرعية الرئيسية التى تتفرع عن الأم فى النواهى وهو أكل أموال الناس بالباطل .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وعن ابن عمر كذلك وعن سعيد بن المسيب أيضا وعن ابن عباس قال مثل ما قالا[١] .

وتعريفات الفقهاء للغرر كثيرة لخطورته ولذلك لا نرى فى تعدد هذه التعريفات الا بيانا لصور وأوجه هذه الآفة فى المعاملات ومن ثم لا ينقدح عندنا الغرر بمعنى واحد والا قللنا من خطره فى المعاملات على خلاف حقيقته وحقيقة الواقع الذى يتخذ فيه الغرر ضروبا من الصور والأوجه وتنتهى كلها الى آفة واحدة فى المعاملات هى الغرر .

لذلك نرى توجيها لأقوال الفقهاء فى معنى الغرر أن :

١ ـ من الفقهاء من ربط الغرر بالعاقبة أو النتيجة فاعتبر ما يكون مستور العاقبة غررا فى المعاملة[٢] .

٢ ـ ومن الفقهاء من ربط الغرر بعدم العلم أو المعرفة بمحل المعاملة فى وجودها أو صفتها[٣] .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٥ ص ٣٤٢ ، وقال : رواه مسلم فى الصحيح ـ ط . دار المعارف العثمانية بحيدر آباد سنة ١٣٥٤ هـ ، صحيح مسلم بشرح النووى ج ٣ ص ١٥٦ ـ المطبعة العلمية ـ سنة ١٣١٣ هـ ، سنن أبى داوود ج ٣ ص ٣٤٦ ـ مطبعة السعادة ١٣٦٩ هـ ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ١٠ ـ المطبعة العلمية سنة ١٣١٣ هـ ، الجامع الصحيح للترمذى ج ٣ ص ٥٣٢ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ج ٣ ص ٥٣٢ ـ طبعة مصطفى الحلبى ، الموطأ بهامش المنتقى ج ٥ ص ٤١ ـ مطبعة السعادة .

(٢) المبسوط ج ١٣ ص ١٩٤ ـ مطبعة السعادة .

(٣) العناية بهامش فتح القدير ج ٥ ص ١٩٢ ـ المطبعة الأميرية بمصر ـ موطأ مالك بهامش المنتقى ج ٥ ص ٤٢ ـ مرجع سابق .

٣ ــ ومن الفقهاء من ربط الغرر بالشك فى وجود المبيع أو الخطر الذى هو بمنزلة الشك الذى يستوى فيه طرف الوجود والعدم(١) •

وهذه الأوجه جميعها تقوم على الخطر والمخاطرة ولذلك عرف الشافعى الغرر بالخطر فيما نقله عنه الامام الكسانى(٢) •

ولعل ما سبق من تعريفات توضح أوجه الغرر المتعددة قد أنتج أثره فى تعريف المرحوم الشيخ ابن القيم للغرر ، فقد ربط الغرر بأمر مهم وجوهرى فى المعاملات أو المعاوضات المالية وهو « التسليم » فضلا عما يكتنف الغرر من عدم علم أو معرفة بمحل المعاملة فى وجوده أو حقيقة مقداره فقال رحمه الله :

« الغرر هو ما لا يقدر على تسليمه سواء أكان موجودا أو معدوما »(٣) •

وهو « بيع ما لم يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليمه أو لا يعرف حقيقة مقداره »(٤) •

ولا نرى فى هذا التعريف لابن القيم اضطرابا كما ذهب البعض(٥) بل اضافة وتحديدا لما سبق من تعريفات الفقهاء الذين سبقوه والجديد فى تعريف ابن القيم كما نراه على ضوء مستجدات المعاملات المعاصرة هو ربط الغرر بالتسليم لا بوجود محل العقد أو عدمه فقط ، فتسليم المبيع هو غاية عملية البيع بالنسبة للمشترى ومن ثم كان التسليم من كمال رضاه بالبيع أو بالعقد •

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٧ ــ طبعة بولاق •

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٦٣ ــ طبعة الجمالية بمصر سنة ١٩١٠ ، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٤ ــ طبعة أنصار السنة المحمدية .

(٣) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٥٨

(٤) زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٦٧

(٥) دكتور الصديق الضرير ــ الغرر وأثره فى العقود ص ٣٣ ــ رسالة دكتوراه ــ الطبعة الأولى سنة ١٣٨٦ هـ (١٩٦٧ م) •

أما التحديد فى تعريف ابن القيم رحمه الله هو ضرورة توافر العلم والمعرفة التامة بمحل العقد لا بوجود المحل أو عدمه ، ولا شك عندى أن ذلك من ابن القيم قول سديد وتحديد قوى لما يجب أن يتوافر فى المعقود عليه ولذلك ننقل توضيح ابن القيم اذ قال :

« وأما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لا يجوز فالكلام عليها من وجهين ، أحدهما : منع صحة هذه المقدمة . اذ ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ولا فى كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام . وانما فى السنة النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما فيها النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة فليست العلة فى المنع ولا الوجود ، بل الذى وردت فيه السنة النهى عن بيع الغرر وهو **ما لا يقدر على تسليمه** سواء أكان موجودا أو معدوما كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وان كان موجودا اذ موجب البيع تسليم المبيع ، فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار ... وهكذا المعدوم الذى هو غرر نهى عنه للغرر لا للعدم كما اذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله ..... وكذلك سائر عقود المعاوضات .

الوجه الثانى : أن نقول : بل الشرع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع فانه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه والحب بعد اشتداده والنبى صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدء الصلاح مستحقة الابقاء الى كمال الصلاح ولم يجعل موجب العقد القبض فى الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها ، ودخل فيما أذن فيه بيع ما هو معدوم لم يخلق بعد .... » .

فالمحظور اذن هو بيع الغرر أى أن يبيع الناس غررا أو أن يبيعوا ما فيه غرر ، وعليه يكون من الغرر المحظور الأوجه التى تعرض

لهـا الفقهـاء فى تعريفات الغرر أو ما عرفه الفقهاء من صـور الغرر لافضائها حتما الى المنازعة والنزاع بين الناس وهو ما جـاءت الشريعة بعكسه تماما .. ومن ثم يكون محظورا :

ـ كل تعامل مجهول أو على شىء مجهـول فى وجـوده أو فى مقداره أو فى صفته أو أن يكون مشكوكا فى ذلك .

ـ كل تعامل لا يقدر على تسليم المبيع فيـه اذ أن موجب البيع هو تسليم المبيع ومن ثم يكون عـدم القـدرة على تسليم المبيع والشك فيها هو جوهر الغرر الممنوع لا مجرد الموجود والمعدوم وقت التعاقد .

وهـذا الذى انتهى اليـه ابن القيم رحمه الله يعالج كثيرا من مستحدثات البيوع فى التجارة الخارجية العالمية بل ويواكبها على نحو من الدقة والقوة ومعظمها ـ أى التجارة الخارجية ـ يدور على سـلع تكون وقت التعاقد أو حين العقـد غير موجـودة ولكنها من المتيقن حصـولها أو وجودها وتكون معلومة الجنس والقدر والصفة والتسليم بل وميعاد التسـليم على وجـه الدقـة فأنى يأتيها الغرر المحظـور والممنوع ، وكيف نصم الفقه بالجمود ونقول بعـدم جواز التعامل فى هـذه الحالة التى لا بديل غيرها فى التجارة الخارجيـة واستقر عليها النـاس ؟؟

* * *

٣ ـ لا تبع ما ليس عنـدك :

أصـل قاعدة البيوع هـذه حديث حكيم بن حزام قال : قلت يا رسول الله ، يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع (أى بيع) ليس عندى ما أبيعه منه ثم أبتاعه من السـوق ـ وفى لفظ : أبتاع له من السـوق ثم أبيعه منه ـ فقال : « لا تبع ما ليس عندك » رواه الخمسة[1] .

---

(١) الخمسـة : احمد وابو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ـ وقال الترمذى : حديث حسن قد روى عنه من غير وجه ـ منتقى الأخبار مع نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ ـ طبعـة مصطفى البابى الحلبى ـ

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا :

« لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك »[1] .

وفى معنى الحديث تعددت الآراء التى تفيد وجوها كثيرة فى المسألة مما تتسع له صور المعاملات المعاصرة وترجع المعانى التى قيل بها الى أن « ما ليس عندك » أى ما ليس مملوكا للبائع وقت العقد ومن ثم يدخل فى ذلك كل شىء ليس بمضمون على البائع وهو غرر[2] .

ونقل الشوكانى عن البغوى أن النهى فى الحديث خاص ببيع الأعيان التى لا يملكها البائع أما لو باع شيئا موصوفا فى الذمة فان البيع يصح ويكون سلما تطبق عليه شروط السلم[3] .

ونورد رأى ابن القيم لارتباط معنى الحديث بما سبق فى معنى الغرر . فقال :

سنة ١٣٧٢ هـ ، الجامع الصحيح جـ٣ ص٥٣٧ ، انظر فى تخريج الحديث : الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوى ــ بيع المرابحة للآمر بالشراء ص ٥٤ وما بعدها ــ طبعة مكتبة وهبة ، ويخلص فضيلته الى أن الحديث وان لم يبلغ درجة الصحة فلن ينزل عن درجة الحسن ، وفى موضع آخر يقول فضيلته : « وبعد التسليم يصح الحديث وهو ما أرجحه » ص ٥٩

(١) أخرجه احمد فى مسنده بشرح الشيخ أحمد شاكر جـ ٢ ص ١٧٤ ، ١٧٥ ، ٢٠٥ ــ طبعة دار المعارف بمصر سنة ١٣٧٧/٧٥ هـ ــ وقال الشيخ احمد محمد شاكر : اسناده صحيح ــ منتقى الأخبار مع نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٥٢ و ٢٨٣ ــ مرجع سابق .

(٢) انظر معالم السنن للخطابى جـ ٥ ص ١٤٣ ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٩٨ ، المجموع للنووى جـ ٩ ص ٢٧١ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٠٨

(٣) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٥٢ ــ طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٧٢ هـ .

« وأما قوله صلى الله عليـه وسلم : « لا تبع ما ليس عنـدك » فمطابق لنهيه عن بيع الغرر لأنه اذا باع ما ليس عنده فليس هو على ثقة من حصـوله بل قد يحصل له وقد لا يحصل فيكون غررا ..... وبيع ما ليس عنـده انما نهى عنه لكونه غير مضمون عليـه ولا ثابت فى ذمته ولا فى يده فالمبيع لا بد أن يكون ثابتـا فى ذمة المشـترى أو فى يده وبيع ما ليس عنده ليس بواحد منهما ... »[1] .

ويقول شيخ الاسلام ابن تيمية فى معنى الحديث :

« .. واما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسـليمه وان كان فى الذمة وهذا أشـبه فيكون قد ضمن له شيئا لا يدرى : هل يحصـل أو لا يحصل »[2] .

وفى كلام شـيخ الاسـلام توسـعة اذ فسر « العنـدية » الواردة فى الحديث بالقدرة على التسليم التى ترتبط ارتباطا وثيقا بثبوت المبيع فى **ذمة البائع** وهـو ما ذكره ابن القيم وكلا المعنيين يعبر عنهما بـ « الملك » أو بـ «الملكية» التى تدخل فى تعريف الملك بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى مقدر فى العين أو فى المنفعة يقتضى لملكية من يضـاف اليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة عنه[3] .

ونخلص اذن الى أن « العندية » فى الحديث تعنى الملكية كحكم شرعى ومن ثم القدرة على التسـليم .

وعلى هذا النحو ينبغى أن ينظر الى قول من قال من الفقهاء ان الحديث يعنى ما ليس مملوكا للبائع[4] ومن ثم لم يكن موجودا وقت

---

(1) انظر تهذيب سنن أبى داود جـ ٥ ص ١٥٧ وما بعدها مشار اليه فى بيع المرابحة للآمر بالشراء للقرضاوى ص ٥٨

(2) مجموع الفتاوى جـ ٢٠ ص ٥٢٩

(3) الفروق للقرافى جـ ٣ الفرق ١٨٠ ص ٢٠٨ ، ص ٢٢١ ، انظر كتابنا : الملكية وضوابطها فى الاسلام ص ٢٥ وما بعدها .

(4) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٤٧ ، ١٦٣ ـ طبعة الجمالية بمصر ـ سنة ١٩١٠ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٧ ، المنتقى للباجى جـ ٤ ص ٢٨٦ ـ المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٢٦٨ ـ طبعة عيسى البابى الحلبى بالقاهرة .

العقد وعلى هـذا النحو تتضافر آراء الفقهاء ويعضد بعضها بعضا ولا تتنافر فى معنى الحديث الذى ينهى عن بيع ما ليس عند الانسان والحديث الذى ينهى عن بيع الغرر ، ويتطابق معنى الحديثين كما ذهب ابن القيم رحمه الله ، وازالة التعارض بين الأدلة ــ ان وجد ــ من قواعد اعمالها وتفسيرها ، فاعمال النصوص خير من اهمالها وتضافرها خير من تنافرها •

وتأسيسا على ما تقدم فان التضييق فى تفسير حديث : « لا تبع ما ليس عندك »[1] بتخصيصه فيما كان البيع فيه حالا بحجة أن هذا هو ما يستفاد من قصة الحديث ولأن هذه هى الحالة التى يتصور فيها النزاع غير مسلم عندنا لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ــ وان كان فى سنده مقال ــ فالحديثين يشد أحدهما أزر الآخر اذ لا ينزلا عن درجة الحسن[2] •

هذا فضلا عما هو مسلم به من القاعدة الأصولية التى تقول : « العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب » •

وقصة الحديث كما فهمها الحافظ ابن حجر العسقلانى والعينى عن الامام ابن المنذر وكما فهمها شيخ الاسلام ابن تيمية تتسع لأن يراد بالحديث نهى النبى صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام عن بيع عين معينة أو أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وان كان فى الذمة[3] •

كما أن النزاع حاصل كذلك فى حالة عدم القدرة على التسليم

---

(١) يذهب الى هذا التفسير الأستاذ الدكتور الصديق الضرير ــ الغرر واثره فى العقود ص ٣٢٠ مرجع سابق •

(٢) وهو ما يذهب اليه الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوى ــ بيع المرابحة للآمر بالشراء ص ٥٦

(٣) انظر فتح البارى ج ٥ ص ٢٥٣ ، عمدة القارى ج ١١ ص ٢٥٣ ، مجموع الفتاوى لشيخ الاسلام ابن تيمية ج ٢٠ ص ٥٢٩

ولو مآلا وليس فقط فى حالة ما اذا كان المبيع ليس موجودا عند التعاقد أو غير مقدور على تسليمه حالا فقد يكون ذلك مما يدخل تحت علم المشترى أو امكانية علمه به .

هذا وقد أجازت المادة ١/١٦٠ من القانون المدنى الأردنى التعامل على الشيء المستقبل فنصت على أنه :
« يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل اذا انتفى الغرر » .

* * *

٤ ـ البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض :

الأصل فى البيع أن يترتب حكم العقد عليه بمجرد تمام العقد فتنتقل ملكية المبيع الى المشترى بدون توقف على قبض المبيع أو تسلمه أو أى شيء آخر .

هذا .. وإن كانت حقوق العقد تترتب على كل من الطرفين ويجب المبادرة الى الوفاء بها وتنفيذها وحسبما يتضمنه العقد من شروط[1] .

ومن ثم فحكم العقد أثر فورى للعقد أما حقوق العقد فقد تتراخى، ومن حقوق العقد تسليم المبيع الى المشترى على النحو الذى يتم الاتفاق عليه فى العقد .

ومن اللازم أن البائع لا بد أن يكون مالكا للشيء المبيع حتى يمكن نقل ملكيته بالأصالة أو النيابة .

ومن أوجه الضمان المقررة للبائع أنه يجوز له اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشترى حتى يؤدى جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع وهو ما نصت عليه المادة ٤٨٧ من القانون المدنى الأردنى المأخوذ من الشريعة الاسلامية .

* * *

---

(١) لقد فرقت بوضوح بين حكم العقد وحقوق العقد المواد ١/١٦٣ ، ١٩٩ من القانون المدنى الأردنى .

٥ ـ صور التسليم :

يتم التسليم على النحو التالى :

(أ) بالفعل أى التسليم المادى للمبيع .

(ب) حكما : بالتخلية أى تخلية البائع بين المبيع والمشترى مع الاذن للمشترى بقبض المبيع وبشرط عدم وجود مانع يحول دون حيازته أى ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلم المشترى بذلك فعلا .

ـ اذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشترى متسلما للمبيع فى حالة معينة اعتبر التسليم قد تم حكما .

ـ ويعتبر التسليم حكما قد تم أيضا اذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشترى أو اذا أنذر البائع المشترى بتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلما فلم يفعل .

(جـ) يكون التسليم فى كل شىء حسب طبيعته ويختلف كذلك باختلاف حالة المبيع وللعادة والعرف دور حاسم فى هذا الخصوص .

* * *

٦ ـ تبعة الهلاك أو التلف :

هل ترتبط تبعة الهلاك أو التلف بالتسليم (فعليا أو حكميا) أو بالملك :

الملك كحكم شرعى يترتب على العقد بحسب الأصل بمجرد تمامه ، والتسليم كحق للعقد يتم حسبما يجرى الاتفاق عليه ويلتزم به البائع قبل المشترى .

فهل تتبع المسئولية عن الهلاك أو التلف الحاصل للمبيع الملكية بمجرد تمام العقد أو التسليم حسبما يتفق عليه وما الحكم فى حالة عدم وجود اتفاق على هذه المسألة ؟

(أ) اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى ويتسلمه يكون على البائع ما لم يكن بقاؤه فى يد البائع بسبب يرجع الى المشترى ، كأن يكون البائع أنذره بتسلم المبيع فى وقت محدد معقول والا اعتبر متسلما للمبيع فلم يفعل .

أو يكون المبيع فى يد البائع وهو حابس له لدفع ما هو مستحق له من الثمن كله أو بعضه ففى هاتين الحالتين يكون هلاك المبيع على المشترى كمالك له وان كان ما زال فى يد البائع على نحو ما تقدم .

(ب) اذا هلك المبيع بعد التسليم والقبض هلك على المشترى بوصفه المالك .

(جـ) اذا هلك المبيع أثناء الطريق **فالأصل** أن تكون تبعة الهلاك على المالك ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك أى ما لم يوجد شرط فى العقد بخلاف، ذلك كأن يشترط المشترى على البائع تسليم المبيع فى مكان وزمان معينين وهنا تكون تبعة الهلاك فى الطريق على البائع حتى يتم التسليم حسب هذا الشرط الذى يقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى وجرى التعامل به ومن ثم كان شرطا صحيحا[1] ؛ فضلا عن عدم اخلاله بشرط من شروط صحة العقد اذ لا يترتب عليه غرر .

* * *

٧ ـ معلومية المبيع :

يشترط فى المبيع أن يكون معلوما عند المشترى علما نافيا للجهالة الفاحشة وذلك ببيان أحواله وأوصافه المميزة له ، وان كان حاضرا فيكفى الاشارة اليه .

---

(١) انظر المدونة الكبرى للامام مالك جـ ٩ ص ٩٩ ، الخرشى جـ٥ ص٥ الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ٢٤٩ ، وانظر : الدكتور حسن الشاذلى ـ نظرية الشرط فى الفقه الاسلامى ص ٢٢٣ وما بعدها .

٨ ـ أقسام البيع باعتبار الثمن :

ينقسم البيع باعتبار الثمن أو بالنظر الى الثمن الى أربعة أنواع هى :

(أ) تولية : وهى البيع برأس مال المبيع دون ربح أو خسارة •

(ب) وضيعة : وهى البيع برأس مال المبيع مع خسارة معينة •

(جـ) مساومة : وهى البيع بالثمن الذى يتفق عليه دون نظر الى الثمن الأول للمبيع •

(د) مرابحة : وسيأتى بيانها تفصيلا وهى بيع بالثمن الذى قامت به السلعة مع زيادة ربح معلوم يتفقان عليه حين العقد •

* * *

المبحث الثالث

أصــول البيــع مرابحــة

١ ــ البيع مرابحة أحد أنواع البيوع الشرعية التى تقوم على البيع والشراء وهما جوهر المعاملات التجارية .

٢ ــ المرابحة ليست صــورة من صــور الوساطة التى يقوم فيها المصرف بأعمال الائتمان التجارى .

٣ ــ التعامل فى بيع المرابحة لا يكون من قوم نصبوا أنفســهم للتحايل على دفع قليــل فى كثير باستعانة البائع بالمشترى على تحقيــق مقصــده من دفع قليــل ليأخذ عنه كثير .

٤ ــ المرابحة كأحد أنواع البيوع التجارية تتطلب معرفة تامة بأمور ثلاثة مجتمعة هى :

(أ) الســوق . (ب) الســلع .

(جـ) النــاس .

٥ ــ البيع مرابحة لا بد أن يرد على شىء مملوك للبائع أى له عليه حــق الملكية الذى يترتب بمجرد انعقاد العقد صحيحا حتى ولو لم يتم قبض أو حيازة المبيع وتســلمه .

٦ ــ لا بد من الاخبــار بالثمن الذى دفعه البائع ولزم به البيع وما يضــاف اليــه من كافة المصــاريف اللازمة والضرورية للســلعة وما جرى به العرف التجارى حتى يكون كل ذلك ــ وهو ما قامت به السلعة ــ معلوما للمشترى عند التعاقد وهذا شرط من شروط صــحة المرابحــة .

٧ ـ لا بد من الاخبار بالربح سـواء أكان مفردا أو نسبة حتى يكون معلوما للمشترى كشرط من شروط صحة المرابحة •

٨ ـ أسباب استحقاق الربح فى المنهج الاسلامى ثلاثة : المـال ـ والعمل ـ والضمان •

والبائع مرابحة كمالك للسلعة يضمنها ومن ثم يستحق الربح بهذه الأسـباب الثلاثة مجتمعة أى كعملة بالبيع والشراء فى مال مملوك له أى يضـمنه ، ولحديث الرسـول صلى الله عليـه وسلم : « الخراج بالضـمان » •

ولنهيه صلى الله عليه وسلم : « عن ربح ما لم يضمن » •

٩ ـ كافة البيانات المتعلقة بالمعقود عليه مرابحة أو بمحل عقد بيع المرابحة أو بالمبيع مرابحة أو بالثمن لا بد من ذكرها للمشـترى حتى يكون على بينة منها عند التعاقد فلا تكون هنـاك جهالة أو غرر •

١٠ ـ كل كذب أو خيانة فى عملية البيع يفسدها ويرتب للمشترى الخيـار فى امضاء العقد أو عدمه وهو ما نرجحه من أقوال الفقهاء •

١١ ـ تجوز المرابحة فى عروض التجارة والزروع والثمار ، أما العقار فتكتنفه صعوبات ادارية واجرائيـة تمليها القواعد والقوانين لانتقال الملكيـة •

١٢ ـ تجوز المرابحة فى السلع الحاضرة فى التجارة الداخلية وفى السلع الغائبة على الصـفة فى التجارة الخارجية بعد دخولها أى السلعة واستقرارها فى ملكية البائع مرابحة وحيازته لها اذا كانت طعاما •

١٣ ـ يجوز للبائع مرابحة أن يشترط على المشترى عدم الرجوع عليـه بضمان العيوب الخفية فى المبيع والأولى عندى خـلافه أى عدم اشـتراط مثل هـذا الشرط لضرورة حرص البائع التاجر على حسـن السـمعة والثقة •

١٤ ــ المواعدة بين طالب الشراء والبائع (البنك) وان كانت فى نظرنا نوع عقـــد معلق على شرط الا أنها ليست بيعا ولا شراء ومن ثم لا تختلط بعقد البيع المرابحة وهو لاحق للمواعدة وبناء عليها والقول بغير ذلك يؤدى الى بطلان البيع للمواطأة بين الطرفين على البيع قبـــل وجوب السلعة للمأمور (البنـــك) •

١٥ ــ يجـوز أن يكون **أداء الثمن** والوفاء به أو الوفاء بدين المرابحة (ما قامت به السلعة + الربح) مؤجلا أو مقسطا ويكون البيع صحيحا نافذا ولا مانع شرعا من الزيادة فى الثمن اذا كان الدفع مقسطا أو مؤجـــلا باعتبار أن ذلك مقابل أو عوض السلعة المبيعة •

١٦ ــ صورية عقد المرابحة تخرجه عن كونه تجارة عن تراض •

١٧ ــ المرابحة من عمليات البيوع التى يتضح فيها بجلاء امتزاج الأســـاس العقـــائدى بالنواحى الاقتصـــادية والاجتماعيـــة والتربوية والســـلوكية •

١٨ ــ المشـــاركة عندى بصورها العديدة وما تقوم عليـــه من نمط المعاوضـــة أو نمط العنان فى ادارة النشـــاط أولى من المرابحة لمـــا فيها من مخاطرة طبقا لقول الشافعى ، وخطر وغرر ولا يؤمن فيها هوى النفس طبقا لقول الامام أحمـــد •

* * *

المبحث الرابع

عناصر تحديد الثمن
أو ما قامت به السلعة فى بيع المرابحة

نظرا لأهمية المسألة فى بيع المرابحة والتى تميزه عن غيره من البيوع بل انها مما ينفرد به بيع المرابحة فاننا نفردها بالذكر بقصد بيان عناصرها أو مكوناتها .

ان ما يضاف الى الثمن الذى دفعه البائع مرابحة له ضوابط ومعايير شرعية تحدث عنها الفقهاء ونحاول بلورتها على النحو التالى :

١ ـ المصاريف التى جرى بها العرف التجارى فى عادة التجار ـ وهو ما قال به الحنفية[١] ـ واذا كان مرد الأمر فى حساب هذه المصاريف ضمن ما قامت به السلعة أو رأس مال السلعة فلا خوف من أن يدخل فيها ما ليس منها ، فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا وشرعا والعادة محكمة هذا فضلا عن وجود قواعد مدونة للأعراف والعادات التجارية الآن وبصفة خاصة فى التجارة الدولية .

٢ ـ المصاريف التى تسبب زيادة فى المبيع أو فى قيمته ، وقديما مثلوا لها بمصاريف صبغ القماش وتطريزه ـ وهو ما قال به الحنفية أيضا ـ وهكذا مع الأخذ فى الاعتبار ظروف اختلاف الزمان .

٣ ـ المصاريف التى لزمت السلعة وكانت مشاهدة ومحسوسة ، وقديما مثلوا لها بمصاريف خياطة القماش وصباغته ـ وهو ما قال به المالكية[٢] ـ ويتفق مع ما ذهب اليه الحنفية فيما تقدم اذ أن هذه

---

(١) الهداية جـ ١ ص ٥٦ ـ طبعة الحلبى بمصر .
(٢) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٦١ وما بعدها بهامش حاشية الشيخ عليش .

المصاريف تزيد فى المبيع أو فى قيمته مع كونها زيادة مشاهدة ومحسوسة وبذلك يكون المالكية قد أضافوا تحديدا أو جديدا الى قول الحنفية فكل ما يضاف من المصاريف مما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يجب أن يكون مشاهدا محسوسا جمعا للرأيين وتوفيقا بينهما وقطعا للنزاع بين طرفى العقد ، ويمكننا أن نمثل لها حاليا بمصاريف التسويق .

٤ ــ أما المصاريف التى ليس لأثرها عين قائمة فى المبيع فتضاف الى الثمن ولا يربح لها أى لا تدخل فى حساب الربح ومثل لها المالكية بكراء (أجرة) نقل المتاع وشد مطى (تحميل+تعتيق+تفريغ) أعتيد أجرتهما[١] . ويمكن أن نمثل لها حاليا بالمصاريف الادارية الثابتة .

٥ ــ ما كان من عمل البائع نفسه أو عمل له مجانا أو كان من شأن البائع أن يتولاه بنفسه على جرى العادة أى جرت عادته بذلك العمل ما لم يكن الفعل (عمل البائع فى السلعة) لأثره عين قائمة ، فما لا عين له قائمة فى المبيع لا يقوى قوة ما له عين قائمة وذلك كأجرة السمسار[٢] أى اذا كان يتولى الشراء بنفسه ويبيع مرابحة فلا تحسب أجرته ولا ربح عن تلك الأجرة ضمن تكاليف السلعة أو المصاريف التى تضاف الى الثمن المدفوع فى السلعة .

وهذا النوع من التكاليف أو المصاريف لا يحسب فى أصل الثمن ولا يربح له أى لا يحسب عليه ربح أيضا ولعل علة المنع فى المسألة

---

(١) يمكننا أن نفهم من عبارة : «ما ليس لأثره عين قائمة واعتبر انفاق» انها تشمل المصاريف الثابتة التى يتكلفها البائع بمناسبة هذه السلعة وغيرها ومن ثم لا يسوغ أن تحسب فى ثمن سلعة بعينها والا يتكرر أخذها بغير حق ويبقى تحرير طريقة الحساب أى حساب التكاليف وهو ما يختص به علم المحاسبة وطبقا لأصول الشرع .

(٢) حاشية الزرقانى على مختصر خليل وبهامشه حاشية البنانى جـ ٣ ص ١٧٤ ــ طبعة دار الفكر ١٣٩٨ هـ (١٩٧٨ م) .

هى فيما نرى حصول البائع نفسه على ربح فى السلعة المبيعة مرابحة ومن ثم حتى لا يحصل الازدواج فى حساب الربح أو فى حصوله عليه[1].

ومما يجدر التنويه اليه أن معيار العرف التجارى الذى قال به الحنفية كضابط لما يضاف الى الثمن أو كمعيار لحساب التكاليف لا نظن أن أحدا غيرهم من الفقهاء يختلفون معهم فيه فالعادة محكمة كقاعدة فقهية ومن ثم يكون كلام الفقهاء فى بيان ضوابط أو معايير أخرى لحساب التكاليف التى تضاف الى الثمن المدفوع للسلعة ويكون كل ذلك رأس مال السلعة أو ما قامت به السلعة كمصطلح فقهى خاص بالمرابحة ومميز لها ينصرف ــ أى الضوابط الشرعية الأخرى فى المسألة ــ الى ما ليس فيه عرف تجارى مستقر ومعمول به فعلا بما يعنيه التطبيق من العمومية والتجريد فى الممارسة العملية .

كما يجدر بنا التنويه ــ على ضوء ما تقدم ــ الى ضرورة تعديل أو اعادة النظر فى نصوص عقود المرابحة التى تتضمن النص على المصاريف التى تضاف الى الثمن أو ذكر ما يدفعه العميل على وجه الاجمال دون بيان تفصيلى لها على النحو الذى ذكره الفقهاء فلا يدخل فى حساب المصاريف ما لا يشمله ضابط شرعى مما ذكر وحتى لا يقع المحظور وهو أكل أموال الناس بالباطل وهو ما يجب أن تتطهر منه عقود المرابحة وبالتالى عمل وممارسات البنوك والمصارف الاسلاميه التى تشل المرابحة أكثر من ٧٥٪ من حجم نشاطها الاستثمارى .

* * *

---

(١) لا شك عندى فى أن علم المحاسبة وعلمائه هم الأقدر على تصنيف المصاريف أو التكاليف على وفق هذه الآراء الشرعية الفقهية التى نجد أصلها وسندها فى قوله تعالى : ﴿**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**﴾ (البقرة : ١٨٨).

المبحث الخامس

العربون ومقدم الثمن فى بيع المرابحة

١ ــ العربان والعربون فى اللغــة :

العربان ــ بضم العين المهملة واسكان الراء ثم موحدة مخففة ، ويقال فيه : عربون ــ بضم العين والباء ، ويقال بالهمز : **مكان البيع(١)**. ويقال : أعرب فى بيعه وعربن اذا أعطى العربون(٢) .

قال ابن الأثير : قيل سمى بذلك (العربان ــ عربون ــ أربون) لأن فيــه اعرابا لعقد البيع أى اصلاحا وازالة فســاد لئلا يملكه غيره باشترائه ــ وفى الذخيرة : العربان لغة أول الشيء(٣) .

ونخلص من المعنى اللغوى للعربان الى أنه يفيــد معان ثلاثة هى :

ــ مكان البيــع .

ــ منع الغير من تملك الشيء المبيع .

ــ ابتداء العملية التعاقدية .

وهذه المعانى تتســع للمعانى الاصطلاحية فى بيع العربون ولكننا حرصنا على ذكرها للتوضيح .

٢ ــ أدلتــــه :

ورد فى بيع العربان حديثان نبويان أحدهما بالنهى والآخر بالجواز فما حقيقة هذا البيع ؟

---

(١) انظر الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية جـ ٥ ص ٥٧ طبعة أولى ــ سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) .

(٢) القاموس المحيط ــ المصباح ــ الغرر واثره فى العقود ــ دكتور الصديق الضرير ص ١٠٠

(٣) انظر مصادر الحق ــ دكتور السنهورى جـ ٢ ــ المجلد الأول ص ٩١ ــ طبعة دار احياء التراث العربى .

ـ حديث النهى :

جاء فى موطأ مالك(١) : حدثنى يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان •

ـ حـديث الجـواز :

عن زيد بن أسلم أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العربان فى البيع فأحله(٢) •

لهذه النصـوص يلزم التحـديد لمعنى أو معـانى بيـع العربان أو العربون •

***

٣ ـ معـانى بيع العربان أو العربون :

ارتباط المعانى الاصطلاحية بالمعـانى اللغوية يسـتلزم استصحاب المعانى اللغوية فى تحديد المعانى الاصطلاحية من قبيل الضبط والتيسير أيضـا •

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ج ٤ ص ١٥٧ مطبعة السعاده ـ هـذا الحديث ضعفه جماعة من رجال الحديث منهم الامام أحمد (المغنى ج ٤ ص٢٣٣ طبعة دار المنار سنة١٣٦٧هـ) ـ وقال النووى فى المجموع : لا يحتج بـه عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء (ج ٩ ص ٤٣٣ ـ طبعة التضامن الآخوى) كما صحح الحديث جماعة آخرون، وجاء فى تدريب الراوى : وذهب آخرون الى الاحتجاج به وهم أكثر المحدثين وهو الصحيح المختار الذى عليه المحققون من أهل الحديث (مسند الامام أحمد بشرح أحمد شاكر ج ١١ ص ١٣ طبعة دار المعارف ، تدريب الراوى ص ٢٢١ للسيوطى ـ المطبعة الخيرية بمصر ، صحيح الترمذى بشرح ابن العربى جـ ٢ ص ١٣٧ المطبعـة المصرية بالأزهر ومطبعة مصطفى الحلبى بتحقيق محمـد فؤاد عبد الباقى) انظر أيضا : نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٥١ مطبعة مصطفى البابى الحلبى ـ الغرر وأثره فى العقود ـ دكتور الصديق الضرير ص ١٠٠

(٢) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه انظر : نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٥٠ هذا الحديث مرسل وفى اسناده ابراهيم بن يحيى وهو ضعيف وقال ابن رشد قال أهـل الحـديث : ذلك غير معروف عن رسـول الله ﷺ وقال ابن عبد البر : ولا يصح ما روى عن رسول الله ﷺ من اجازته ـ انظر : الزرقانى على الموطا جـ ٢ ص ٩٩ ـ مطبعة الاستقامة بالقاهرة سنة ١٣٧٩هـ

باستقراء ما ذكره الفقهاء من أمثلة وحالات تطبيقية وعملية يتضح أن حالات بيع العربون تتخذ صورا عديدة هذا فضلا عما يجب أن يكون معلوما من أن المسألة يثريها العرف والعادة . وفى هذه الصور والحالات لبيع العربون يختلف معنى العربون وهو ما نوضحه على النحو التالى :

١ ـ دفع العربون عند **ابرام العقد** لحفظ حق كل من المتعاقدين فى العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ومن ثم كان العربون فى هذه الحالة **مقابلا لحق العدول** طبقا لارادة المتعاقدين .

٢ ـ دفع العربون مقترن بمرحلة غير باتة فى التعاقد النهائى ويدخل فيه ما يسمى بضمان جدية طلب التعاقد .

٣ ـ دفع العربون لتأكيد العقد والبدء فى تنفيذه بذلك العربون .

والحالة الثالثة يعتبر العربون فيها جزءا من الثمن ومن ثم لا تثير خلافا ، أما الحالتين الأولى والثانية فهما مثار الخلاف والنزاع فى الرأى وتحرير القول فيهما كما يأتى :

(أ) اما أن يقترن الشرط بالعقد وهو شرط الخيار للمشترى على أنه ان أخذ السلعة وأمضى البيع كان العربون جزءا من الثمن وان ترك السلعة ورد المبيع **فقد العربون** ، فشرط الخيار فى هذه الحالة ـ أى حالة رد المبيع من قبل المشترى وعدم اتمام البيع ـ يلحق به ما يفسده وهو الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وهو ما يذهب اليه جمهور الفقهاء[1] لعلة الفساد المذكورة ، أما اذا تجرد شرط الخيار مما قد يلحقه من فساد بأنه فى حالة عدم امضاء البيع يرد العربون الى المشترى فالشرط يطهر العربون فى هذه الحالة

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٣١ ، القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٥٨ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٦٣ مطبعة الاستقامة سنة ١٩٥٢

من الغرر المنهى عنه ، ومن ثم يكون المنع فى نظرنا للغرر المصاحب للعربون لا للعربون فى ذاته ، ونعتقد أن الغرر مدار حديث النهى عن بيع العربان لتطابقه مع حديث النهى عن بيع الغرر وقد سبق .

(ب) واما أن لا يقترن الشرط بالعقد وهو شرط ترك العربون للبائع وانما يكون من طالب الشراء فى المراحل السابقة على العقد النهائى أو على اتمام البيع اذا كره البيع أو السلعة صح ، فقال بدلك صراحة الامام أحمد رضى الله عنه[1] . ويصح الشرط هنا لانتفاء علة فساده لما فعله عمر رضى الله عنه ، وعن ابن عمر أنه أجازه . ولقد صار الامام أحمد الى ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر رضى الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية فان رضى عمر والا فله كذا وكذا ، قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب اليه ؟ قال : أى شىء أقول ؟ هذا عمر رضى الله عنه ، وضعف الحديث المروى — روى هذه القصة الأثرم باسناده . فأما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال : لا تبع هذه السلعة لغيرى وان لم أشترها منك فهذا الدرهم لك — ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن صح لأن البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذى اشترى لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس[2] .

وعلى هذا النحو يترجح لدينا قول الامام أحمد رضى الله عنه لا باعتبار أنه يجيز ما منعه الجمهور وانما لأنه شرط فى اتفاق سابق على عقد البيع التزم به طالب الشراء وبسببه يدخل البائع فى تعهدات والتزامات أخرى ويكون حديث الجواز هنا سندا ودليلا اذ انتفى الغرر والمخاطرة المنهى عنها ويكون حديث النهى سندا ودليلا فى

(١) انظر المغنى جـ ٤ ص ٢٣٣ مرجع سابق .

(٢) القياس أيضا على صورة متفق على صحتها وهو ما قاله ابن المسيب وابن سيرين وهى انه لا بأس اذا كره المشترى السلعة أن يردها ويرد معها شيئا قال الامام احمد : هذا فى معناه .

حالة الغرر وهو ما عبر عنه ابن رشد الجد[1] رحمه الله حيث قال : « ومن ذلك — أى من الغرر المنهى عنه — نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان » وقال أيضا : « الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون فى ثلاثة أشياء ، أحدها : العقد ، والثانى : أحد العوضين ، والثالث : الأجل فيهما أو فى أحدهما ، فأما الغرر فى العقد فهو مثل : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة وعن بيع العربان » .

وقال ابن رشد الحفيد[2] : « وانما صار الجمهور الى منعه — بيع العربان — لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض » .

وبتطبيق ما تقدم على العربون فى بيع المرابحة نجد أن الواقع العملى يحدد المسألة فى أن طالب الشراء يتقدم الى المصرف طالبا شراء سلعة معينة فيشترط عليه البنك دفع مبلغ معين كعربون ويصير ذلك اتفاقا سابقا على عقد البيع بالمرابحة وبسببه يدخل البنك بعد ذلك فى تعهدات والتزامات أخرى وهو مطمئن الى جدية وصدق طالب الشراء فى اتمام عملية البيع والشراء[3] ، واذا تم عقد البيع مرابحة حسب العربون من الثمن ومن ثم وعلى نحو ما سبق ذكره تفصيلا يكون العربون صحيحا شرعا لخلوه عن الشرط المفسد وبذلك نكون قد جمعنا بين الأدلة بغير تكلف مفسد .

* * *

• العربون ومقدم الثمن ودفعة ضمان الجدية :

هذه المصطلحات الثلاثة يجرى استخدامها فى بيوع المرابحة وتذكر

(١) المقدمات والممهدات ج ١ ص ٢٢١ وما بعدها — مطبعة السعادة.
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦٣ — مرجع سابق .
(٣) ولغة قريش — وهى الأفصح — تخصيص البيع ببيع السلعة والشراء بدفع الثمن وأخذ السلعة وان كان البيع فى اللغة يطلق على كلا الطرفين باع وابتاع فالبيع مشتق من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للآخر للأخذ والاعطاء .

فى الأوراق التنفيذية لعمليات المرابحة فما هو وجه التداخل بينها والمعيار الضابط لكل منها وأولى هذه المصطلحات وأصحها فى الاستخدام العملى ؟

لعل التداخل والالتباس بين هذه المصطلحات الثلاثة يرجع الى معنى مشترك يحصل بينها أو ما يسمى بأن بينها عموم وخصوص وجهى فوجه العموم بينها يكمن فى حالة ما اذا كان كلا منها يعبر عن مرحلة باتة فى عملية التعاقد وهى ابرام عقد البيع .

فالعربون فى هذه الحالة يأخذ معنى تأكيد العقد والبدء فى تنفيذه وهذا أحد معانى العربون كما سبق .

ومقدم الثمن أيضا يأخذ نفس المعنى السابق بل هو بصريحه يعتبر كذلك .

أما دفعة ضمان الجدية فتأخذ المعنى السابق أيضا اذا تمت على النحو المذكور أى فى مرحلة ما بعد انعقاد عقد البيع مرابحة وتكون دليلا على الجدية فى تنفيذه .

أما وجه الخصوص فى هذه المصطلحات الثلاثة فيتحدد على النحو التالى :

العربون اذا دفع لضمان حق العدول عن ابرام العقد ومن ثم يكون ذلك فى مرحلة سابقة على انعقاد العقد على التفصيل السابق ذكره فى مسألة العربون .

مقدم الثمن كجزء من ثمن المبيع ومن ثم فلا يتصور أن يكون ملزما الا بعد انعقاد العقد ثم البدء فى تنفيذه وعلى هذا النحو لا يشترك مع العربون بالمعنى السابق ولا يصح أن يختلط به فى المعنى ولا فى التنفيذ .

أما دفعة ضمان الجدية فتشترك مع العربون بالمعنى السابق الذى يتم كضمان لحق العدول بالنسبة للمشترى ليستحق البائع اذا كان العدول من جانب المشترى .

وتاسيسا على ما تقدم واذا كانت عمليات بيع المرابحة تتم فى الممارسة الفعلية والواقع العملى على مرحلتين هما :

ـ مرحلة طلب الشراء مكتوبا يتقدم به طالب الشراء للبنك مشفوعا أو منصوصا فيه على العربون أو دفعة ضمان الجدية لضمان حق العدول أو لتلافى حالات النكول من جانب طالب الشراء .

ـ مرحلة ابرام عقد البيع مرابحة وعندها ـ أى فى حالة تمام العقد ـ يتم تسوية حساب ما دفع كعربون أو دفعة ضمان جدية من ثمن السلعة المبيعة ومن ثم يتحول العربون أو دفعة ضمان الجدية الى جزء من الثمن يخصم منه قبل حساب الربح[1] .

ويجرى الاتفاق على كيفية سداد الباقى من رأس مال السلعة وربحها وفى هذه المرحلة .

وعلى هذا النحو يكون الأصوب والأسلم أن يسمى ما يدفعه طالب الشراء فى مرحلة المواعدة بالشراء والبيع **بالعربون او دفعة ضمان الجدية** وليس كمقدم الثمن ، اذ لم يتم بعد ابرام عقد بيع السلعة الا بعد دخول السلعة فى ملكية البائع مرابحة (البنك) .

* * *

● نكول طالب الشراء أو عدوله (٢) :

مما يتصل بموضوع العربون أو دفعة ضمان الجدية مسألة نكول طالب الشراء وعدوله عن الشراء بعد تملك البنك للسلعة وما قد يترتب على ذلك العدول من أضرار تلحق بالبنك .

---

(١) ونرى أن خصم ما دفع من طالب الشراء من ثمن السلعة أو راس مال السلعة قبل حساب الربح هو الأعدل وادنى الى عدم اكل الأموال بالباطل . فلا تحسب للبنك أرباح على مبالغ سبق أن تقاضاها من طالب الشراء .

(٢) لم تحدث فى الممارسة العملية على حد علمنا حالات نكول أو عدول نهائى عن السلعة من قبل طالب الشراء .

فتتخذ المسألة صورا مختلفة على النحو التالى :

١ ــ حالة فقد العربون أو دفعة ضمان الجدية اذا اقتصر البنك على ذلك تنفيذا لما شرطاه ــ طالب الشراء والبنك ــ فى هذه الحالة ولا شك أن مجرد عدول طالب الشراء قد يضيع على البنك مصلحة مؤكدة ويفوت عليه فرصة رابحة •

٢ ــ حالة اعتبار طلب الشراء وعدا ملزما لطالب الشراء ومن ثم لا يكون أمام حالة فقد العربون أو دفعة ضمان الجدية بل يكون من حق البنك أن يوجه مطالبة قضائية لطالب الشراء باعتبار أن شروط تمام البيع تكون متوافرة بمجرد تملك البنك للسلعة ويكون من حق البنك الزام طالب الشراء به وما يترتب على العقد من آثار أو التزامات •

والا فما جدوى اعتبار الوعد ملزما ما لم يؤد ذلك الى اعتبار عقد البيع فى حالة تملك البنك للسلعة •

وفى هذه الحالة يترجح لدينا صحة ما سبق أن كيفنا به مسألة الوعد الملزم بأنها عقد معلق على شرط ووفقا لرأى من قال بذلك من الفقهاء[1] •

كما أن الالزام بالوعد ما لم يؤد الى ابرام عقد البيع اذا توافرت شروطه لا فائدة منه اذا اقتصر الأمر على أن يفقد طالب الشراء العربون أو دفعة ضمان الجدية فذاك مكفول باشتراطه فى العربون أو دفعة ضمان الجدية وفى طلب الشراء •

٣ ــ حالة اعتبار طلب الشراء وعدا غير ملزم لطالب الشراء ثم أصاب البنك ضرر من جراء نكول أو عدول طالب الشراء بعد تملك البنك للسلعة •

ومن الأسلم والأحوط فى هذه الحالة أن يكون ما تم من تواعد

---

(١) انظر كتابنا « فقه المرابحة »

أو مواعدة بين الطرفين قد اشترط فيه التزام طالب الشراء بتعويض البنك عما قد يصيبه من أضرار بسبب العدول عن الشراء .

ويكون من حق البنك لتحديد مقدار ما أصابه من ضرر عرض السلعة للبيع فى السوق وفقا للأوضاع المعتادة لذلك[1] ويكون مقدار الخسارة الحاصلة فى بيع السلعة هو بذاته مقدار ما أصاب البنك من ضرر يرجع به على طالب الشراء .

وفى حالة الربح يكون من حظ البنك اذ السلعة ما زالت فى ملكيته وفى ذمته وعليه ضمانها والخراج بالضمان والغنم بالغرم أيضا .

* * *

● الوفاء بدين المرابحة فى حالة اختلاف العملة والسعر :

سبق القول بأن المرابحة أحد أنواع البيوع الشرعية بشروطها التى ذكرها الفقهاء والتى تحدد طبيعتها بيع المرابحة دون أن تداخله الشبهات أو المحظورات الشرعية .

واذا كان ذلك كذلك فمطلق البيع يجوز فيه أن يكون بدل السلعة نقد عاجل أو آجل والثمن على المبيع مرابحة اذا كان مؤجلا يعد دينا فى ذمة المشترى يجرى سداده فى موعد استحقاقه فاذا كان البيع قد تم مع البنك بالعملة الأجنبية وكان التزام المشترى مرابحة من البنك مقرر بذات العملة فان قيامه بسداد هذا الالتزام بالعملة المحلية (أى بعملة أخرى) حسب سعر الصرف السائد فى ذلك التاريخ (تاريخ الاستحقاق) يكون صرفا جائزا[2] .

* * *

---

(١) حتى لا يدخل المسألة محظور شرعى كنجش أو غبن أو استغلال.
(٢) من فتاوى علماء ندوة البركة الرابعة المنعقدة فى الفترة من ١٧ الى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بالجزائر .

المبحث السادس

مؤشرات تحـــديد الربـــح

لا يمكننا القـــول بأن مســـألة تحـــديد الربح يترك أمر ضبطها لرغبـــات الأفراد والمنظمين وأصحاب الأموال والمشروعات وفى هـــذا الخصوص أستطيع القول بما يأتى :

أولا : أن مكونات الســـوق من حيث المكان والزمان والســـلع والخدمات وأطراف التعامل فيه مما لا تختلف كثيرا من نظام اقتصادى الى آخر •

ومن ثم فليس للمنهج الاسلامى فى هـــذه المكونات مجردة من اضافة وان كان له فيها شيء من التحسين أو التحسينيات •

ثانيـــا : ان حركة التفاعل بين مكونات الســـوق وآلياته ومدى تحقيق آليته للأهداف الاقتصـــادية مما تختلف فيـــه وفى فنياته النظم الاقتصادية من نظام الى آخر •

١ ـــ ففى اقتصاديات النظم الاشتراكية المتهاوية تكاد تكون حركة التفاعل فى مكونات السوق محدودة ومحسوبة بل ومحسومة من حيث الأهداف ومن حيث التشغيل فى حركة السوق •

أما فى اقتصاديات النظم الرأسمالية المتحررة الى حـــد كبير ـــ فالحرية فيها أصل والتقييد اســـتثناء والعكس تماما فى الاقتصاديات الاشتراكية ـــ فالحرية فيها لم تستطع حتى الآن أن توفر الخبز والزبد لكافة الناس وأن تعولهم بســـد احتياجاتهم الأســـاسية جميعا ويتضح ذلك جليا من تناقض معادلتها فى تحريك مكونات الســـوق وتشغيل آلياته وتحقيق آليته الى أقصى حد ممكن •• فمثلا :

٢ — سعر الفائدة كمحرك رئيسى لرؤوس الأموال ايداعا فى شكل مدخرات وسحبا فى شكل استثمارات فان قدرته فى هذه الحركة محدودة فى مداها بالتعادل بين حجم المدخرات وحجم الاستثمارات وكلاهما على طرفى نقيض ، ومن ثم لن يستطيع سعر الفائدة أن يصل فى حركته الى تحقيق أقصى ما ينبغى تحقيقه نحو الأهداف الاقتصادية المرسومة وأقلها تحقيق التشغيل الكامل لرأس المال النقدى والبشرى على حد سواء •

وبعبارة أخرى : لثروة المجتمع نحو الوضع الأمثل •

كما أن مبدأ الحرية أو حرية السوق وما قد يترتب عليه من تركيز الثروة وما يسفر عنه من رذيلة الاحتكار بما يعنيه من التحكم فى أسعار السوق والأقوات وما ينجم عن كل ذلك من منافسة كريهة تفسد الخلق والأخلاق والأسواق •

٣ — وفى اقتصاديات النظم المختلطة التى تأخذ من كل نظام بوسيلة أو أداة وسائلها وأدواتها الاقتصادية وكذلك بهدف من الأهداف الاقتصادية المرتبطة بكل نظام فان هذا النموذج والأخذ به ومحاولة تطبيقه يزيد من تعقيدات كل نظام على حدة ويضيف صعوبة جديدة الى محدوديته فى تحقيق أقصى تشغيل للثروة البشرية والمالية ومن ثم لمصلحة الناس جميعا أو المجتمع ككل ويؤدى ذلك بالتالى الى حالة من الارتباك الاقتصادى والتعقيد فى آلياته وآليته نحو تحقيق الأهداف الاقتصادية ومن هنا يصح لدينا تسمية الاقتصاديات المختلطة بالاقتصاديات « **المرتبكة** » ولن تخرج من ارتباكها الا بتنقية نظمها الاقتصادية وتوحيد آلياتها حتى يحدث التلاؤم فى آليتها وحركتها نحو تحقيق أهدافها الاقتصادية بما فى ذلك ارتفاع مستوى معيشة الأفراد وارتفاع مستوى الدخل العام فى الدولة •

ثالثا : وبخصوص آليات السوق الاسلامى وآليته فهناك مجموعة من المحددات الأساسية مثل :

١ ـ التعاون والتكامل لا التنافس .
٢ ـ عدم التناجش أو المناجشة .
٣ ـ عدم تلقى الركبان .
٤ ـ عدم الاحتكار .
٥ ـ سلم الحاجات بحدها الأدنى فى توفير الضروريات من السلع والخدمات مرورا بالحاجيات ثم التحسينيات أو الكمالات بحدها الأعلى وهو عدم السرف والترف والتبذير .

ما تسفر عنه هذه العناصر من محددات للربح الذى يجد حده الأعلى فى قاعدة عدم الاستغلال وعدم الغبن ، وتحديد حد الاستغلال والغبن مسألة اقتصادية تحكمها اعتبارات الزمان والمكان والظروف الاقتصادية بصفة خاصة وذلك كله تحكمه الدراسات الاقتصادية التحليلية والقياسية أساسا[١] فقديما حدد الفقهاء نسبا قياسية للغبن والاستغلال من خلال ثلاث رؤىء فقهية هى :

(أ) الامام محمد بن الحسن الشيبانى[٢] حدد الغبن بنصف عشر القيمة الحقيقية للمعقود عليه أى ٥٪ ومن ثم فكل مجاوزة لهذه النسبة يدخل فى المحظور .

(ب) الامام الجصاص[٣] فرق بين أنواع السلع على النحو التالى:

ـ ففى عروض التجارة حدد الغبن بأكثر من نصف عشر القيمة الحقيقية أى أكثر من ٥٪

---

(١) ولذلك ذهب البعض الى أن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين وأهل الخبرة ، والفاحش ما لا يدخل سواء بالزيادة أو النقصان ـ انظر المادة (٥٤٥) من مرشد الحيران .
(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠ ـ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ ـ البحر الرائق ج ٧ ص ١٦٩
(٣) المراجع السابقة وقد اخذت بهذه التقديرات مجلة الأحكام العدلية فى المادة (١٦٥) .

ـ وفى الحيوانات حدد الغبن بالعشر أى ١٠٪

ـ وفى العقارات حدد الغبن بالخمس أى ٢٠٪

(جـ) الامام الحطاب[1] حدد الغبن بحدين هما :

ـ الثلث فأكثر أى ٣٣⅓٪

ـ والسـدس فأكثر أى ٦٦ر١٦٪ .

ومما يؤخذ فى الاعتبار أن هذه النسب قياسـية وأن لاختـلاف الزمان والمكان والظروف الاقتصادية أثر فيها .

* * *

---

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٤٧١ وما بعدها ـ السرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٧٧

المبحث السابع

الملكية والتسليم والتسلم فى المرابحة

ملكية المبيع أو ملكية الشىء المبيع تترتب على تمام البيع الى المشترى أى بمجرد ارتباط القبول بالايجاب على وجه مشروع وذلك لحكم من أحكام عقد البيع .

أما التسليم والتسلم فليس ركنا ولا شرطا لصحة عقد البيع وانما هو من حقوق العقد والالتزامات المتبادلة التى تنظمها نصوص العقد أى من الآثار التى تترتب على العقد حسبما يتراضى عليه الطرفان ويتفقان عليه .

ومن ثم فقد يتم تسليم المبيع وملكية لم تنتقل بعد الى المشترى ويجوز اعتبار هذه الحيازة تسليما فى العقد كما يجوز الاتفاق على خلاف ذلك أى عدم اعتبار وجود المبيع فى حوزة المشترى تسليما له حتى يتم البيع وتنتقل الملكية اليه .

ويترتب على التسليم الصحيح أثر جوهرى هو مسئولية المشترى عما يصيب المبيع بعد ذلك وانتفاء مسئولية البائع من وقت التسليم(١) .

واذا كان الملكية تترتب بمجرد تمام العقد ولا علاقة لها بالتسليم فان حيازة البائع للمبيع أو وجود المبيع فى حيازته وقت العقد ليس ركنا ولا شرطا ، كذلك اذا كان البائع يملك المبيع ملكا صحيحا ومن ثم يصح بيعه(٢) .

* * *

---

(١) انظر ما سبق تفصيله فى معنى التسليم واحواله .

(٢) انظر عكس ذلك — وهو غير صحيح — بيع المرابحة اصدار ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ص ١١ ط٨ الرسالة للطبع والنشر . انظر ما سيأتى فى ص ١٣٠ وما بعدها فى شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية .

المبحث الثامن

المرابحة فى التجارة الخارجية والاعتمادات المستندية

المرابحة كأحد أنواع البيوع التجارية فى الاقتصاد الاسلامى قد تتم بصورة بسيطة بين بائع ومشتر والمبيع حاضرا أو موجودا ومن ثم يتم البيع وفق قواعد وشروط بيع المرابحة طبقا لاختيار الطرفين لهذا الأسلوب من المعاملات لمقتضيات المصلحة التى يستقلان بتقديرها من التعامل مرابحة ، ولا شك أن المصلحة الاقتصادية هنا هى الغالبة أو الحاكمة .

كما تتم المرابحة أيضا بأسلوب المرابحة للآمر بالشراء حيث لا تكون السلعة حاضرة أو فى حيازة البائع وانما غائبة ويرغب المشترى أو يطلب شرائها بأسلوب أو طريقة المرابحة وهو ما اصطلح على تسميته فى الفقه الاسلامى بـ « المرابحة للآمر بالشراء » (١) .

ونظرا للتطور الهائل فى التجارة الخارجية وما صاحبه من صعوبات كبيرة فى تسوية المدفوعات وتوفير الضمانات الكفيلة بتحقيق مصلحة كل من البائع والمشترى والأطراف الأخرى فقد ظهر نظام الاعتمادات المستندية وأصبح دورها فى التجارة الخارجية أكثر أهمية كوسيلة دفع أساسا قد يقترن بها ويصاحبها « ائتمان » وهو الاستعمال الغالب الآن فى نظام الاعتمادات المستندية .

أولا ـ البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات المستندية النظيفة :

١ ـ لما كان قيام المصارف فى الاعتمادات المستندية بدور

---

(١) انظر أعلام الموقعين لابن القيم ج ٤ ص ٢٩ بتحقيق محمد محى الدين عبد الحميد ـ ط ثانية ـ دار الفكر بيروت سنة ١٣٩٧ هـ ـ (١٩٧٧ م) ـ الموطأ مع المنتقى ج ٥ ص ٣٨ طبع السعادة سنة ١٣٣٢ هـ ـ الأم للشافعى ج ٣ ص ٣٣

المتعهد بالدفع فى اطار السداد المقدم من طالب الاعتماد يمثل نسبة ضئيلة جدا فى التجارة الخارجية التى تعتمد جميعها تقريبا على التمويل بفائدة ربوية ، فان دخول البنوك الاسلاميه فى هذا المضمار يشكل تحديا خطيرا لنظامها القائم على عدم التعامل بالفائدة ولكن كيف يتم ذلك ؟

٢ ـ اذا كانت البنوك فى نظام الاعتمادات المستنديه وما تقوم عليه من ائتمان بضمان مستندات البضاعة أو حيازتها فى مخازنها أو رهن المستندات أو أن تصدر بوليصة الشحن باسم البنك الممول والفاتح للاعتماد ، فان كل ذلك يشكل أساسا وسائل لضمان حصول البنك على « تمويله » للعملية وليست أسبابا حقيقية للملكية بمعناها الصحيح وهو « الاختصاص الحاجز » الاختصاص بالشىء محل الملك المخول لسلطات المالك والحاجز لغير البنك المالك من الامتناع والتصرف فيه الا عن طريقه وبسببه .

والتطبيق العملى السليم لذلك يتمثل فى ضرورة قلب العلاقة بين العميل والبنك فيصبح البنك مالكا للسلعة كليا أو جزئيا ، والمتعامل معه الآمر أو الطالب شريكا أو وكيلا أو أجيرا ...

وهذا الوضع الذى يفرضه نظام عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية على نظام التجارة الدولية ومن ثم مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية التى يجب أن تفسح المجال فى نصوصها لمثل هذا التعامل بادخال تعديل أو استدراك على نصوص المادة التى تعفى البنوك من التبعة والمسئولية عن البضاعة مكتفية بالتركيز على المستندات فقط ومدى مطابقتها لشروط فتح الاعتماد وهذا الوضع الطبيعى لنظام الاعتمادات المستندية القائم على الائتمان فقط .

وهذا الدور الجديد الذى يفرضه نظام عمل البنوك الاسلامية يضيف ضمانا وأمانا مفتقدين فى نظام التجارة الدولية والدليل على ذلك ما أسفر عنه نص المادة السابعة عشر من مجموعة القواعد والعادات الدولية للاعتمادات المستندية اذ يتعرض هذا النص لنفى المسئولية عن البنوك فى حالة عدم صحة أو تزوير المستندات وهى مشكلة قائمة بحدة على المستوى الدولى فقد حكم مجلس اللوردات حديثا بأن البنك ليس له أن يمتنع عن الوفاء الى المستفيد اذا كان هذا المستفيد يجهل واقعة تزوير المستندات(١) •

ومن أشهر حوادث تزوير المستندات التى تعتبر عمليات نصب على البنوك :

ـ استعمال أسماء بنوك غير موجودة أو مستندات مزورة لبنوك موجودة فعلا •

ـ تقديم مستندات تفيد شحن البضاعة على سفينة معينة ويتضح فيما بعد أنه لا توجد بضاعة وتتشاهد السفينة فى رحلات جديدة تحت اسم آخر •

وفى ظل هذا التنظيم الجديد الذى يفرضه نظام عمل المصارف الاسلامية تختفى صور التحايل لاضفاء صفة الملك أو المالك على البنك لمجرد ارتهانه لمستندات البضاعة أو حيازتها اليه فى مخازنه أو استعارة اسم البنك على بوليصة الشحن أو فرضها على الآمر أو طالب الاعتماد ، وفى كل هذه الصور لا يتحمل البنك تبعة هلاك البضاعة لأنه ليس هو المالك الحقيقى لها •

---

(١) انظر : Leading Cases in London . N. Y. in 1982., IFLR Jan 1983, p. 4. .
مشار اليه فى د. محيى الدين اسماعيل علم الدين ـ أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ص ٣٩

كما تختفى صورة افتراض وكالة الشاحن أو الناقل ومن ثم تصحيح تصرفه بالبيع للسلعة فالوكالة لا تفترض •

ولا يقتضى قلب العلاقة بين البنك الاسلامى والمتعامل معه سوى جدية وكفاءة البنك الاسلامى فى الاضطلاع بهذا الدور فى التجارة الدولية •

* * *

ثانيا — المرابحة للآمر بالشراء فى التجارة الخارجية أحد الحلول الرئيسية والعملية لمعضلة الاعتمادات المستندية النظيفة فى البنوك الاسلامية :

يجيز القانون المدنى الأردنى فى المادة ٤٨٠ منه بيع المرابحة اذا كان رأس مال المبيع معلوما حين العقد ومعروفا للمشترى عند التعاقد •

ومن قبل أجاز ابن القيم بيع المرابحة للآمر بالشراء[1] بهذا المصطلح ، ونظرا لتعدد أطراف عملية البيع فى المرابحة للآمر بالشراء وطبيعة المعاملة فقد أدى ذلك الى اختلاف النظر الفقهى فيها والذى استقر عليه الرأى الغالب الآن هو اعتبار العملية : مركبة من وعد ملزم بالشراء وبالبيع وبيع بالمرابحة بعد دخول السلعة فى ملكية البائع مرابحة وهو البنك الاسلامى •

وان كنا نرى أن عملية بيع المرابحة للآمر بالشراء نوع علاقة عقدية أو اتفاق بتعهد ، فهى علاقة عقدية معلقة على شرط والالزام فيها مرتبط بتحقق الشرط الذى يشترطه كل طرف على الآخر[2] •

واذا كان ذلك كذلك فالبنك مشتر للسلعة ومالك لها وبائع بالمرابحة لطالبها الآمر بالشراء وفى هذه الحالة تجتمع فى البنك ثلاث

---

(١) انظر فى تفصيل هذا القول اعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٩
(٢) انظر كتابنا « فقه المرابحة » ص ٨٩ وما بعدها •

صفات من خلال نظام الاعتمادات المستندية فى التجاره الدولية والتعامل بأسلوب البيع بالمرابحة للآمر بالشراء وهذه الصفات هى :

(أ) فاتح الاعتماد المستندى .

(ب) المشترى للبضاعة والمـالك لها .

(جـ) البائع للبضاعة للآمر بالشراء أو طالب الشراء مرابحة .

وعلى أسـاس من هذه الصفات الثلاث مجتمعة تطبق القواعـد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية على التفصيل الآتى :

* * *

ثالثا ـ شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية وموقف الفقـه الاسـلامى منها :

لا شك أن شروط العقد تحدد التزامات كل طرف فيـه أو أطرافه ومنها شروط التسليم للبضاعة محل العقد ونقتصر هنا على أهم الالتزامات التى تحدد أهم شروط التسليم فى عمليات التجارة الخارجيـة وشروط التسليم تختلف باختلاف **مكان التسليم** .

ومما يجدر ذكره أن ما يتم الاتفاق عليه بين أطرافه على أسـاس التراضى يصير التزاما تعاقديا واجب التنفيذ ، كما أن ما لم يتم الاتفـاق عليه وعليـه جرى التعارف والتعامل على جرى العادة صـار محكما فالعادة محكمة والعرف مصدر للأحكام ما لم يخالف الشرع الاسلامى الحنيف .

ومن هذا المنطلق وعلى هذا الأسـاس تكون مجموعة القواعـد والعادات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبـار بشرط عـدم مخالفة أحكام الشرع الاسـلامى وكذلك نصـوص نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ . ومكان التسليم تتعلق به بعض

الأحكام التى تضمنتها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ ومن ثم تكون واجبة لمن يلتزم بها وذلك على النحو التالى[١] :

١ ــ تسليم البضاعة فى مكان منشأها (انتاجها) وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشترى والتى نصت عليها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ على وجه الدقة والتفصيل قطعا للنزاع وحسما لأى خلاف قد يثور ، ومن أهم التزامات البائع :

وضع البضاعة تحت تصرف المشترى فى الموعد والمكان المحددين بشروط العقد واخطار المشترى بذلك فى وقت مناسب ، ومقابل هذا الالتزام يكون من أهم التزامات المشترى :

تحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه .

٢ ــ التسليم على رصيف ميناء البائع :

Free along side (F. A . S.)

وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشترى ومن أهم التزامات البائع :

توريد البضاعة مطابقة لشروط العقد وتسليمها فى المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بميناء الشحن واخطار المشترى بدون ابطاء بذلك .

ومن أهم التزامات المشترى :

تحمل كافة المسئوليات والأخطار والمصاريف من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه بجوار الباخرة .

---

(١) تنص المادة (٤٤٦) من مرشد الحيران على أنه : « اذا اشترط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين لزمه تسليمه فى المحل المذكور » .

٣ ــ التسليم على ظهر الباخرة Free on Board (F.O.B.)

٤ ــ التسليم فى ميناء المشترى • Coast and Freigt . (C.A.F.)

وتحت هــذا الشرط تتحدد التزامات كل من البائع والمشــترى أيضــا •

* * *

المبحث التاسع

المرابحة والبيع بالتقسيط

تعتبر طريقة دفع الثمن فى عقد البيع من حقوق العقد التى يجرى تنفيذها حسبما يتم اتفاق الطرفين عليه ولا علاقة لطريقة دفع الثمن وتنفيذ أدائه بجوهر العملية التعاقدية فى بيع المرابحة التى تقوم على أركان وشروط سبق بيانها ومن ثم فطريقة دفع الثمن فى المرابحة ليست ركنا ولا شرطا لصحة البيع ولم يعتبرها أحد من الأئمة كذلك اذ لا يعتبر دفع الثمن شرطا فى انتقال ملكية المبيع التى تتم بمجرد العقد ولا يتنافى ذلك مع ما يأتى :

(أ) شرط معلومية الثمن فى بيع المرابحة علما تاما نافيا للجهالة وقاطعا للنزاع .

(ب) أنه اذا تم العقد لزم كل من المتعاقدين أن يقوم بتنفيذ ما التزم به بخصوص الثمن .

(جـ) حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن .

(د) للمشترى قبض المبيع باذن البائع قبل أداء الثمن .

(هـ) الثمن قد يكون دينا مؤجلا على المشترى ، وهنا تثور مسألة :

● **الزيادة فى الثمن مقابل الأجل :**

من المسلم به أننا بصدد عقد بيع سلعة تتوافر أركانه ومنها المبيع أو المحل ، وأن هذا المبيع يتم مبادلته لقاء ثمن نقدى ، فليست

المسألة مبادلة ثمن نقدى بثمن نقدى من جنســه وانما بيع شيء بثمن من غير جنســه (أى أن البدلين مختلفان) وهــذا الثمن قــد يدفع نقــدا أو حالا وقد يدفع مؤجلا أو مقســطا حسبما يتم الاتفاق عليه بين أطراف العقــد وتقتضيه مصلحتهما وهنا قد يعرض بائع الســلعة ثمنين لنفس السلعة ــ بالأقل فى حالة النقد أو المعجل ، بالزيادة فى حالة الدفع الآجل أو المقسط ــ والمشترى لنفس السلعة بالخيار بين هذين الثمنين حسبما تمليه مصلحته وظروفه ــ (أى ان عملية البيع واحدة) فهى واحدة بين نفس الأطراف ونفس المحل والمشترى بالخيــار عنــد التعاقــد .

واذا كان ذلك كذلك فلا بأس أن يكون ايجاب البائع على نحــو ما ذكر وأن يكون الخيار للمشترى فى قبوله ومن ثم يصير ملتزما بما ألزم نفســه به ، ومن هنا فلا بأس أن يكون الثمن المؤجل أزيد من الثمن المعجل فللأجل قســط من الثمن[1] بشرط هام وهو ألا تتكرر الزيادة بتكرار الأجل والا وقع المحظور الربوى الأجل هذا .

* * *

(١) انظر شــيخ الاسلام ابن تيمية ــ الفتاوى ج ٢٩ ص ٤٩٩ ــ المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ١١١ ــ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٠٤ ــ حاشــية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق الزيلعى ج ٤ ص ٧٨ ــ المجموع للنووى ج ٦ ص ٢٢ ــ مغنى المحتاج ج ٢ ص ٧٨ ــ الأم ج ٣ ص ٦٢ ــ القوانين الفقهية لابن جزىء ص ١٧٤ ــ بلغة الســالك ج ٢ ص ٧٩ ــ الدســوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٦٥ ــ الزرقانى على خليل ج ٥ ص ١٧٦

المبحث العاشر

الضمانات الفقهية فى بيوع المرابحة(١)

لما كانت عمليات المرابحة أو المرابحات تشكل على أقل تقدير ٧٥٪ من نشاطات واستثمارات المصارف الاسلاميه فى الوقت الذى يجب أن تتعادل صيغ الاستثمار الاسلامية فى الممارسة بنسب متقاربة من قبيل حسن السياسة المصرفية على الأقل مع ضرورة اضافة أدوات وصيغ استثمارية جديدة تثرى الممارسة وتجتذب شرائح جديدة من المتعاملين مع البنك الاسلامى ، واذا كان الحال كذلك فانه يكون حريا بنا أن نؤمن عمليات المرابحة من خلال ما أسميناه بالضمانات الشرعية وذلك على النحو التالى :

١ ــ الرشد فى انتقاء عميل البنك :

ولا شك أن ذلك يشكل أقوى الضمانات فى عمليات البنك الاسلامى وعمليات المرابحة التجارية بصفة خاصة وذلك من خلال قواعد أساسية واعتبارات أو شروط موضوعية تصدر بها لائحة التعامل بالمرابحات تتضمن الحد الأدنى الواجب توافره فى العميل مثل :

ــ مركزه المالى ومركزه المجمع فى تاريخ التعامل .

ــ سمعته فى الوفاء بالالتزامات وحسن القضاء والأداء .

ــ ما يتيحه الاستعلام من معلومات وبيانات تتعلق بنشاطه فى السلع محل المرابحات .

---

(١) سبق ان بسطنا انواع الضمانات بصفة عامة فى كتابنا « اساسيات العمل المصرفى الاسلامى » .

ومبدأ الثقة فى العميل أو الأمن يدل عليه قول الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ..» الى قوله تعالى : **« فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته وليتق الله ربه »**(١) .

ومن ثم فحسن اختيار العميل على أسس وقواعد موضوعية لائحية أو تنظيمية هو الضمان الأمثل بحسب الأصل .

٢ ـ العربون ودفعة ضمان الجدية :

فالعربون اعراب عن اصلاح العقد وعدم الافساد فيه وما يلازم ذلك من شرط فقد العربون ودفعة ضمان الجدية فى حالة العدول والنكول بعد تملك البنك للسلعة أو دخوله فى تنفيذ ما طلبه المشترى .

٣ ـ درجة الضمان :

فليس المهم استحواز البنك على ضمانات بقدر ما يجب أن تكون عليه درجة ذلك الضمان من حيث سهولة وسرعة « تسييله » أى تحويله الى نقود لمواجهة مخاطر عدم السداد أو الاسترداد من العميل ويجب أن يصدر البنك تعليمات كتابية بأنواع الضمانات ودرجاتها والتزام البنك فى معاملاته بتلك التعليمات لما يترتب على مخالفتها من جزاءات ادارية وتأديبية .

٤ ـ مبدأ التيقن لا الشك هو قوام الدراسة الميدانية لعمليات المرابحة :

فالربح وان كان راجحا مظنونا الا أنه يجب أن تؤدى الدراسة الى

---

(١) البقرة : ٢٨٢ ، ٢٨٣

تيقن حصوله حسبما تمليه الأصول والقواعد الفنية فى الدراسة وكذلك الخبرة العملية الميدانية للسوق ومتطلباته واحتمالاته .

وهذا الضمان يشير به قول الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله » الى قوله تعالى : **« ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى اجله ، ذلكم اقسط عند الله واقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا »** الى قوله تعالى **« واشهدوا اذا تبايعتم ، ولا يضار كاتب ولا شهيد ، وان تفعلوا فانه فسوق بكم ، واتقوا الله ، ويعلمكم الله ، والله بكل شىء عليم »**(1).

فالآية ترشد الى كتابة الدين ، والدين قد يسبقه تبايع أو قد يكون سببه تبايع ، وحذرت الآية من اباء الكاتب أن يكتب كما علمه الله بصرف النظر عن مقدار الدين صغيرا أو كبيرا فذلك حكم شرعى قائم على اعتبارات موضوعية منعا من الريبة والشك وأدعى الى القسط والعدل فى المعاملات .

كما تدل الآية على الاشهاد على التبايع باطلاق منعا من مغبة المخالفة وتحذيرا من الآثار الوخيمة المتمثلة فى قوله تعالى : **« وان تفعلوا فانه فسوق بكم »** .

واذا كانت المداينات داعية الى التوثيق والكتابة والاشهاد فان سببها أو الباعث الدافع اليها أدعى وأشد فالمسبب يدور مع سببه وهو ما يشتمل على الدراسة العلمية والعملية لمحل المعاملات التى قد تترتب عليها مداينات الى أجل أو أن تكون ناجزة .

---

(1) البقرة : ٢٨٢ ــ ٢٨٣

٥ ــ **مبدأ الحيطة والحذر** القائم على قول : « ان ضمان استرداد الأموال يبدأ منذ منحها » .

وما يستوجبه ذلك المبدأ من متابعة المتعامل مع البنك بصفة دورية ومنتظمة هي أن يكون لدى البنك باستمرار تصور فوري واضح لامكانيات عميله ومركزه المالي وحتى يكون لديه القدرة باستمرار على سرعة الحصول على حقوقه كاملة دون مزاحمة من الغير ودون أن تتسرب ضماناته نتيجة لما يصيب العميل من تعثر مالي يعجزه عن السداد .

٦ ــ رهن البضاعة أو السلعة التي قام البنك ببيعها مرابحة لصالح البنك لحين قيام العميل بسداد جميع الأقساط المستحقة عليه :

اذ يجوز رهن المبيع بعد البيع ــ على ثمنه وغيره ــ فمقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وذلك عند بائعه وغيره ، اذ الرهن بعد لزوم البيع صحته أولى ، لأنه يصح رهنه عند غير بائعه فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه .

فالرهن في الشرع : المال الذي يجعل وثيقة بالدين أو توثقة الدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاء الدين ممن هو عليه :

(١) ، (٢) وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب : فيقول الله تعالى : ﴿ **وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة** ﴾(١) .

وأما السنة : فروت عائشة رضي الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه » (متفق عليه) .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) البقرة : ٢٨٣

قال : « لا يغلق الرهن . لا يغلق الرهن . لا يغلق الرهن[1] . هو لصاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه »[2] .

وأما الاجماع : فأجمع المسلمون على جواز الرهن فى الجملة .

(٣) ويصح الرهن بعد الحق بالاجماع لأنه دين ثابت تدعو الحاجة أخذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان .

والثمن بعد البيع يصير دينا فى ذمة المشترى ، والدين يجوز الرهن به بأى سبب وجب الدين كالبيع ونحوه ، لأن الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها ، فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح (ذكره صاحب البدائع) .

(٤) اذا أخرج المرتهن (الدائن) المرهون عن يده باختياره الى الراهن (المدين) ولو كان نيابة عنه زال لزوم الرهن لزوال استدامة القبض وبقى العقد كأنه لم يوجد فيه قبض .

وفى استدامة القبض كشرط للزوم الرهن خلاف بين الفقهاء .

(٥) ليس للراهن التصرف فى الرهن بغير رضا المرتهن (الدائن) وبهذا قال الثورى وأصحاب الرأى .

واذا أذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه ، وان أذن له قبل حلول حقه مطلقا فباعه بطل الرهن ، لأنه أذن له فيما ينافى حقه . (فى هذا المعنى المادة ٧٤٧ مجلة الأحكام العدلية) .

(٦) ان المرهون محبوس بجميع الدين الذى رهن به ، سواء أكانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين ، كان للمرتهن أن يحبس كل المرهون حتى يستوفى ما بقى من الدين قبل الباقى أو أكثر ، لأن الرهن فى حق ملك الحبس مما

---

(١) ومعنى « لا يغلق الرهن » اى لا يجوز للمرتهن تملكه عند العجز عن السداد وانما يظل على ملك الراهن .

(٢) اخرجه الحاكم والدارقطنى ـ انظر سبل السلام جـ ٣ ص ٥٢

لا يتجزأ ، ولأن صفقة الرهن واحدة ، ومن ثم كان للمرتهن حق حبس المرهون حتى يستوفى جميع الدين المرهون به •

(٧) اذا حل الحق لزم الراهن الايفاء بالدين ، فان لم يوف وفى الحق من ثمن المرهون ، وما فضل من ثمنه فللراهن وان فضل من الدين شيء فعلى الراهن •

والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حقه •

٧ ـ ضمانات خاصة وشخصية :

نقصد بالضمانات الخاصة ـ أى التى تمليها عمليات المرابحة وخاصة للآمر بالشراء ، فهى ضمانات قد تفرضها خصوصية طبيعة عمليات المرابحة •

ونقصد بشخصية ـ أى التى تتعلق بالذمة المالية للضامن كالكفيل• وقد تجمع عمليات المرابحة بين هذين النوعين فمثلا :

لو كان العميل أو المشترى مرابحة من البنك يتعامل مع شخص آخر كأن يكون تاجر جملة فيكون من المفيد للبنك وما يمليه واجب الحيطة والحذر أن يطلب البنك كفالة هذا التاجر ، وأن تكون كفالة تضامنية مع المدين المشترى مرابحة ، وأن تكون مصحوبة بحوالة ـ أى أن يقوم الكفيل التاجر بدفع ما هو مستحق قبله للمشترى مرابحة الى الدائن أى البنك مباشرة بناء على حوالة الحق التى يجريها المشترى مرابحة لصالح البنك •

وكل من الكفالة والحوالة عقود جائزة شرعا •

٨ ـ عوض التأخير فى السداد عن موعد الاستحقاق(١) :

تنبيه : تثير هذه المسألة شبهة الربا والمتمثلة فى أن البنك يأخذ مبلغا زائدا على الدين مقابل النظرة أو التأخير عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق لذلك لزم التنبيه •

---

(١) انظر تفصيل المسألة فى كتابنا « أساسيات العمل المصرفى » •

وتلافيا لهذه الشبهة الماثلة يلزم توجيه المسألة توجيها شرعيا صحيحا على أساس ما قد يصيب البنك من ضرر بسبب تأخر عميله فى السداد لمبالغ لو ردت أو سددت للبنك لاستثمرها أو أعاد استثمارها مرة أخرى مما يفوت عليه فرصة محققة أو أكيدة فى الربح يستحق عنها التعويض شرعا باعتبارها نوع من أنواع الضرر الذى أصاب البنك بحسب طبيعة عمله ونشاطه وهو استثمار الأموال والاتجار بها لا فيها فقاعدة التعامل فى المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية أن النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها ـ يتجر بها حلالا طيبا •

والمشكلة التى تثور بعد تحديد أساس التعويض هى الضرر الحاصل بسبب التأخير لا مجرد التأخير فى ذاته فى هذه الصورة من التعامل هى كيفية تقدير التعويض المرتبط بكيفية تقدير مقدار الضرر الذى لحق بالبنك[1] ونطرح هنا ثلاثة بدائل يتخير منها البنك أو القاضى ما يتناسب مع الحالة المعروضة :

(١) تقدير التعويض على أساس نسبة الربح التى حققها البنك فى نفس السلعة عن نفس الفترة التى حصل فيها الضرر ـ أى التأخير عن السداد فى موعد استحقاقه ـ وهو الأعدل وأقرب لعدم أكل أموال الناس بالباطل •

(٢) أو على أساس نسبة الربح التى حققها البنك بصفة عامة ويكون المعول عليه هو الربح الموزع لا الاجمالى الفعلى فذاك أيضا أدعى للعدل فقد لا يكون للبنك استثمارات أخرى فى سلع مثيلة فى نفس الفترة •

(٣) أو على أساس نسبة الربح التى حققها المشترى مرابحة بسبب السلعة محل التعامل وحتى لا تكون مماطلته سببا لاثرائه على حساب الغير فيعامل بعكس مقصوده أو يرد مقصوده عليه كما هى

---

(١) تنص المادة ٢٦٦ من القانون المدنى الأردنى على أن « يقدر الضمان فى جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار » .

القاعدة الشرعية القائلة : « من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه » .

٩ ـ **العميل المتعسر وذاك الذى يمر بضائقة مالية :**

ـ أسس تقدير التعويض السابق سردها تفترض أن العميل ملىء غير مماطل ولكنه تاخر فى السداد وسبب ذلك ضررا للبنك .

ـ أما اذا كان العميل مليئا ولكنه مماطل ويظهر بمظهر المتعسر ، وأمارات ذلك :

(أ) أن يتكرر عدم وفائه بالتزاماته للبنك أو الغير فى تواريخ استحقاقها .

(ب) أو أن يدأب على جدولة ديونه أو تأجيل سدادها .

(جـ) أو يتكرر رجوع شيكاته .

(د) أو يستمرىء أن يعامل على أساس « نسبة الغرامة » فهى الأفضل من وجهة نظره .

فيكون من حق البنك ويحل له فى هذه الحالة ـ أى حالة المماطلة بدون عذر ـ أن « يعاقب » العميل ، والعقوبة المتصورة هنا هى العقوبة المالية التى قد يشترطها البنك على العميل ابتداء اذا ثبت أو تأكدت مماطلته وذلك مما يشهد به العرف المصرفى والتجارى ويسهل اثباته بقرائن مادية .

وسندنا فيما تقدم صريح حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لى الواجد ظلم يحل عقوبته وعرضه » (رواه البخارى) .

وعبارته فى سبل السلام : « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » وقال : « رواه أبو داود والنسائى وعلقه البخارى وصححه ابن حبان وأخرجه أحمد وابن ماجه والبيهقى » .

وقال ابن حجر فى فتح البارى : « حديث اسناده حسن » .
وحديثه صلى الله عليه وسلم : « مطل الغنى ظلم ... » .

وحديثه صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » •

ومما يجدر التنويه اليه أن حالة العسر المالى تختلف عن حالة « الضائقة المالية » التى قد يمر بها العميل وتتمثل فى عدم توفر مؤقت « للسيولة » لديه وفى هذه الحالة الأخيرة يتعين ما يأتى :

(أ) اعطاء العميل مهلة سداد أخرى أى نظرته الى ميسرة •

(ب) منح العميل بعض التسهيلات فى السداد كاعادة جدولة المديونية •

(جـ) التنازل أو اسقاط جزء من الربح أو العمولات وابراء المدين منها •

فكل ذلك من قبيل نظرة الميسرة المقررة شرعا والمحظورة أو المقيدة طبقا للمادة ١٥٦ من القانون التجارى المصرى والمواد التى على شاكلتها فى القوانين العربية •

ـ أما اذا كان المدين المعسر لا يجدى معه شيء مما ذكر فى كيفية تقدير التعويض أو نظرة الميسرة أو حتى العقوبة المالية ومن ثم يخرج عن نطاق المسألة محل البحث التى تتحدد فى حالات ثلاث هى :

(أ) المدين الملىء غير المماطل ولكنه تأخر فى السداد •

(ب) المدين الملىء المماطل •

(جـ) المدين الذى يمر بضائقة مالية أو عدم توفر « سيولة » مؤقت •

وتتناول الاعسار المدنى والافلاس التجارى فى القانون الوضعى والفقه الاسلامى فيما يلى :

● الاعسار فى القانون المدنى (الاعسار المدنى) والافلاس التجارى :

أولا ـ الاعسار المدنى :

تنص المادة (٢٤٩) من القانون المدنى المصرى على أنه :

« يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه مستحقة الأداء » •

ويكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلبه أو طلب أحد دائنيه وتراعى المحكمة فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت بالمدين ومسئوليته عن الأسباب التى أدت الى اعساره ومصالح دائنيه المشروعة (م ٢٥٠ ، ٢٥١ مدنى) .

والاعسار فى القانون المدنى وفقهه نوعان هما :

١ ـ الاعسار الفعلى : ويتحقق عندما تزيد ديون المدين على حقوقه .

٢ ـ الاعسار القانونى : الذى يتطلب حكما لشهره ولا يقضى به الا عندما تكون أموال المدين لا تكفى لسداد ديونه مستحقة الأداء .

وكلاهما يختلف عن الافلاس التجارى الذى يكفى لشهره توقف المدين عن دفع ديونه الحالة .

ويترتب على شهر الاعسار بالنسبة للمدين ومتى سجلت صحيفة دعوى الاعسار عدم سريان أى تصرف للمدين فى حق الدائنين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين (م ٢٥٧ مدنى والمواد ٢٥٨ ، ٢٥٩ مدنى).

كما يترتب على شهر الاعسار ومنذ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة بالدائنين ولا تكون نافذة فى حقهم باستثناء ما نصت عليه المادة ٢٥٨ مدنى اذا كان التصرف بثمن المثل وأودع المشترى الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين .

ويعاقب المدين بعقوبة التبديد اذا تعمد الاعسار أو أخفى بعض أمواله أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها . وذلك بقصد الاضرار بدائنيه (م ٢٦٠ مدنى) .

ويجوز للمدين أن يتقاضى نفقة من ايراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدنى) .

***

ثانيا ــ الاعسار والافلاس فى الفقه الاسلامى :

يقول الله تعالى : **﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم ، ان كنتم تعلمون ﴾(١) .**

وفى معنى العسرة ذهب ابن العربى الى أن المعسر **من لا نجد له مالا(٢) .**

وقال الامام الشوكانى : العسرة ضيق الحال من جهة عدم المال(٣)

وعلى هذا النحو يبين عدم تفرقة الفقه الاسلامى بين الاعسار الفعلى الذى مناطه ديون وحقوق المدين والاعسار القانونى الذى مناطه أن يصدر به حكم لشهره وأن تكون الديون مستحقة الأداء(٤) .

ولعل هذه التفرقة فى القانون وفقهه ترجع فى نظرنا الى مستحدثات المعاملات المدنية والتجارية على وجه الخصوص ومع ذلك فقد نص الامام ابن القيم ــ رحمه الله ــ على الاجراءات القضائية ضد المدين المعسر(٥).

---

(١) البقرة : ٢٨٠.

(٢) انظر أحكام القرآن بتحقيق التسيخ على محمد البجاوى ــ القسم الأول ص ٢٤٦ طبعة أولى ــ سنة ١٣٧٦ هـ (١٩٥٧ م) طبع دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبى وشركاه .

(٣) انظر فتح القدير جـ ١ ص ٢٩٨ ــ دار المعرفة ــ بيروت .

(٤) تنص المادة ٣٥١ من القانون المدنى اليمنى على أن « الموسر هو من يفى ماله بديونه أو يزيد عليها والمعسر هو من لا يملك شيئا غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجر عليه أو بيعه وهو ما يحتاجه من مسكن وثياب صالحين لمثله وآلة حرفته أن كان ذو حرفة .... ومن تلزمه نفقته من الدخل الى الدخل ، والمفلس هو من لا نفى ماله بديونه » .

(٥) اعلام الموقعين جـ ٤ ص ٩

● **الافلاس التجـارى :**

تنص المادة (١٩٥) تجارى على أن : « كل تاجر وقف عن دفع ديونه يعتبر فى حالة الافلاس ويلزم اشهار افلاسه بحكم يصدر بذلك » وعلى هـذا الأساس يكون مناط الافلاس هو وقوف التاجر عن دفع ديونه ومن ثم يختلف عن الاعسار المدنى ، فالمعسر مدنيا لا تكفى أمواله لوفاء ديونه الحالة وكلاهما يختلف عن معناهما فى الفقه الاسلامى ، اذ الفقهاء يعتبرون المعسر هو من لا يملك شيئا غير احتياجاته الأساسية ، ويعتبرون المفلس من لا يفى ماله بديونه لا مجرد وقوفه عن دفع ديونه •

ولعل التفرقة فى المعنى بين الاعسـار والافلاس وكذلك فى الأثر المترتب على كل منهما ترجع الى اختلاف طبيعة المعاملات المدنيـة عن المعاملات التجارية وما تفرضه الأخيرة من سرعة وضمان أى ائتمان •

* * *

ثالثا ــ الفقه الاسلامى تفرد بنظرة الميسرة :

وذهب ابن العربى ــ رحمه الله ــ الى أن الناس اختلفوا فى الميسرة التى يؤدى اليها الدين اختلافا متباينا ، وتحرير قول العلماء فيه أن يترك للمدين ما يعيش به الأيام وكسوة لباسه ورقاده ولا تباع ثياب جمعته ويبـاع خاتمـه وهو ما قرره نص المـادة ٢٥٩ من القـانون المدنى المصرى بخصوص تقرير نفقة للمدين •

أى اذا كان المستدين معسرا فعليكم أن تمهلوه الى وقت اليسر لا كما كان أهل الجاهلية يقول أحدهم لمدينه : « اما أن تقضى واما أن تربى »(١) •

وما ذهب اليه الامام الجصاص من ذكر شروط الاعسار والانظار فى الآية يدل على الاعسار القانونى والفعلى حيث قال(٢) :

---

(١) انظر صفوة التفاسير للشيخ محمد على الصابونى المجلد الأول ص ١٧٥ ط. دار القرآن الكريم ــ بيروت .

(٢) انظر أحكام القرآن ج ١ ص٤٧٤ ، ٤٧٧ ، ٤٧٨ ــ طبع دار الكتاب العربى ــ بيروت .

ان ذكر الاعسار والانظار فى الآية دل على دين تجب المطالبة به (أى مستحق الأداء) والانظار لا يكون الا فى حق قد ثبت وجوبه وصحت المطالبة به اما عاجلا أو آجلا •

فالآية توجب أن من له دين على غيره فطالبه به فله أخذه منه شاء أم أبى ، وهنا يقترب الامام الجصاص من معنى الافلاس التجارى أيضا •

ويقول : وبهذا المعنى ورد الأثر عن النبى صلى الله عليه وسلم حيث قالت له هند : ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى فقال : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » فأباح لها أخذ ما استحقته من النفقة من غير رضاه •

ويذهب — رحمه الله — الى أن نظرة الميسرة تنصرف الى وجهين :

اما أن يكون وقوع الانظار هو تخليته (المدين) من الحبس وترك عقوبته اذا كان غير مستحق لهـا لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما جعل مطل الغنى ظلما ، فاذا ثبت اعساره فهو غير ظالم بترك القضاء ، فأمر الله بانظاره من الحبس فلا يوجب ذلك ترك لزومه •

أو أن يكون المراد الندب والارشاد الى انظاره بترك لزومه ومطالبته فلا يكون منظرا الا بنظرة الطالب ، فان قال قائل : اللزوم بمنزلة الحبس لا فرق بينهما لأنه فى الحالين ممنوع من **التصرف** . قيل له : ليس كذلك لأن اللزوم لا يمنعه التصرف •

وتوجيه منع المدين من التصرف وعـدم منعه من التصرف مؤداه أن التصرفات الضارة بالدائنين تمنع الا اذا كانت بثمن المثـل وتم ايداع الثمن المتحصل خزينة المحكمة على ذمة الدائنين فلا تمنع وهو ما نصت عليه المواد ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ من القانون المدنى المصرى •

* * *

رابعا — اثبـات الاعسـار :

يقع عبء اثبات الاعسار فى الفقه الاسلامى على المدين على خلاف

مسلك القانون المدنى فى هذا الخصوص اذ جعل عبء اثبات اعسار المدين على الدائن (مادة ٢٣٥/٢ مدنى) . فان ذكر المدين عسره قبلت منه البينة بقوله تعالى : « **وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة** »(١) وأحلفه مع ذلك بالله ومنع غرماءه من لزومه .

فالمدين باق على حكم اليسار والوجود حتى يثبت الاعسار(٢) .

***

● **هل يقع الانظار بنفس الاعسار :**

ذهب رأى الى أن الانظار لا يقع بنفس الاعسار لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ان الله يقول لعبد من عباده : ما عملت ؟ قال : ما عملت لك كثير عمل أرجوك به من صلاة وصوم غير أنك كنت أعطيتنى فضلا من مال فكنت أخالط الناس فأيسر على الموسر وأنظر المعسر ، فقال الله عز وجل : نحن أحق بذلك منك ، تجاوزوا عن عبدى ، فغفر له . فقال ابن مسعود : هكذا سمعنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فالحديث الشريف جمع بين انظار المعسر والتيسير على الموسر وذلك كله مندوب اليه وعلى ذلك فالانظار لا يقع بنفس الاعسار(٣) .

وذهب رأى آخر الى أن المعسر منظر بنفس الاعسار واحتج بما روى عن أبى سعيد الخدرى أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « تصدقوا عليه » فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك »(٤)

***

(١) البقرة : ٢٨٠ .
(٢) أحكام القرآن للجصاص وهو قول الشافعى ـ المرجع السابق ص ٤٧٥ .
(٣) ، (٤) أحكام القرآن للجصاص المرجع السابق ص ٤٧٩

◉ المعسر لا تسقط عنه المطالبة بالموت وان لم يدع له وفاء فوفاؤه على بيت المال :

وتثبت المطالبة لله تعالى بعد موته لحديث أبى قتادة عن جابر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلى على رجل مات وعليه دين فأتى بميت فقال : « أعليه دين » ؟ فقالوا : نعم ** ديناران فقال : « صلوا على صاحبكم » فقال أبو قتادة الأنصارى : هما علىّ يا رسول الله ، قال : فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم قال : « أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك دينا فعلى قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته » . فلو لم تكن المطالبة قائمة عليه اذا مات مفلسا كان لا يترك الصلاة عليه اذا مات مفلسا لأنه كان يكون بمنزلة من لا دين عليه وفى هذا دليل على أن الاعسار لا يسقط عنه اللزوم والمطالبة »(1) .

* * *

خامسا ـ ابراء المدين المعسر من الدين صدقة :

قال علماء الفقه الاسلامى : ان الصدقة على المعسر قربة وذلك أفضل عند الله من انظاره الى الميسرة بدليل ما روى حذيفة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم قالوا : عملت من الخير شيئا ؟ قال : كنت آمر فتيانى أن ينظروا الموسر ويتجاوزا عن المعسر قال الله عز وجل : تجاوزا عنه » .

وقد روى عن أبى اليسر كعب بن عمرو أنه قال : « من أنظر معسرا أو وضع عنه أظله الله فى ظله » وهذا مما لا خلاف فيه(2) .

ويذهب الامام الجصاص الى أنه لما سمى الله الابراء من الدين صدقة اقتضى ظاهره جوازه عن الزكاة لأنه سمى الزكاة صدقة وهى

---

(1) انظر أحكام القرآن للجصاص ـ مرجع سابق ص ٤٨٠
(2) انظر أحكام القرآن لابن العربى ـ مرجع سابق ص ٢٤٦

على ذى عسرة وتسميته بالصدقة لا توجب جوازه عن الزكاة فى سائر الأحوال لأن الله سمى البراءة من القصاص صدقة فى قوله تعـالى : ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس** ﴾ الى قولـه : ﴿ **فمن تصدق به فهو كفارة له** ﴾(١) والمراد بـه العفو عن القصاص ولا نعلم خلافـا بين أهل العلم أن العفو عن القصاص غير مجزىء فى الكفارة(٢) .

* * *

---

(١) المـائدة : ٤٥

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ــ مرجع سابق ص ٤٨١

المبحث الحادى عشر

تقدير صيغة التعامل بأسلوب المرابحة

١ ـ بيوع المرابحات التجارية :

بعد هـذه المدة من عمر البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية التى اعتمدت فيها أساسا على صيغة المرابحة فى معاملاتها الاستثمارية كأسرع وأيسر أداة فيما تسميه الآن المؤسسات المالية الاسلاميه بـ « بيوع المرابحات التجارية » بعد أن اطلقنا هذا التصحيح الاصطلاحى فى كتابنا « فقه المرابحة » وفى وقت مبكر منـذ ١٩٨٢ مما هو ثابت بمحاضراتنا لطلبة دبلوم الدراسات العليا فى المعهد الدولى للبنـوك والاقتصاد الاسلامى •

ومعنى ذلك أن البنك الاسلامى يقوم بعمليات المرابحات كتاجر يشترى ويبيع وليس كممول فقط كما هو الحال فى معاملات البنـوك التقليدية أو التجارية ، وان كان تعامل البنوك الاسلامية على هذا النحو السابق خلق لهـا عدة مشاكل قانونية ومصرفية أملاها الواقع أو المناخ الذى تعمل فيه وما استقر عليـه العرف المصرفى فى المعاملات التقليدية وعلى رأس هذه المشاكل « سعر الفائدة » السائد فى السوق « كمارج وسقف » كما جعل الكثيرون يتوهمون أو يظنون أن صيغة المرابحات لا تخرج عن أن تكون أسلوبا تمويليا بسعر فائدة أو على أساس سـعر الفائدة السائد وفى ظله ، وساعد على هذا الظن ما لابس بعض عمليات المرابحة فى الممارسة العملية أحيانا من تداخل فى مراحل تنفيذها الى أن وضحت للجميع عمليات المرابحة فى التطبيق العملى من خلال جهود علماء الأمة وفقهائها ـ جزاهم الله خيرا ـ وأصبحت صيغة استثمارية مستقرة الآن لها ما لها وعليها ما عليها فقط من وجه نظر السياسة الاستثمارية التى يرسمها المصرف الاسـلامى لنفسه فى اطار أولويات سياسته المصرفية ليس الا •

* * *

٢ ـ الموازنة بين أسلوب المرابحة وأسلوب الائتمان التقليدى :

ان الائتمان كمصطلح أو كاصطلاح مصرفى له معنيان :

● **المعنى اللغـوى(١) :**

أمنه ـ اطمأن فهو أمن وأمين وآمن .

أمن ـ قال آمين ـ جعله فى الأمن .

أمن وائتمن فلانا على كذا : اتخذه أمينا عليه ـ وائتمنه = عـده أميـنـا .

آمنه ايمانا أمنه . ـ به = صدقه ووثق به . ـ له = خضـع وانقـاد .

استأمنه ـ طلب منه الأمـان .

فالائتمان من الأمن بالنسبة للطرفين القائم على الصدق والثقـة المصحوب بطلب من طرف والخضوع والانقياد من الطرف الآخر .

وهذه المعانى هى المستفادة لنا من المعانى اللغوية السابق سردها .

● **المعنى الاصطلاحى للائتمان (Crédit) :**

أنواع الائتمان وصوره كثيرة ومتطورة ومن هنـا يصعب وضـع تعريف محـدد لهـا ومع ذلك يمكن أن يقال بصفة عامة :

ان عمليات الائتمان هى تلك العمليات التى بمقتضاها يرتضى البنك فى مقابل فائدة أو عمولة معينة أن يمنح عميله أو شخصا آخر ـ بنـاء على طلب عميله سواء حالا أو بعد وقت معين ـ ائتمانه على شكل رؤوس أموال نقدية أو شكل آخر وهذا الائتمان يمنح للعميل أو للغير بنـاء

---

(١) انظر المنجد فى اللغة والأدب والعلوم ـ لويس معلوف اليسوعى ـ ص ١٦ مادة « أمن » حرف (أ) ـ المطبعة الكاثولوكية ـ بيروت .

على التزام العميل المقترن أو غير المقترن بضمان خاص بأن يقوم برده في وقت معين ، هذا ما لم يكن من طبيعة العملية أن يأتى الرد الى البنك على وجـه آخر(١) .

وبعبارة موجزة : يعرف الائتمان بأنه تنازل البنك عن ملكيته لمـال حاضر مقابل الحصول على ما يقابله فى المستقبل(٢) .

ولقد تداخل لفظ الائتمان ولفظ الثقة فى بعض اللغـات للتلازم بينهما ، فاستخدم لفظ واحد للدلالة عليهما معـا (Crédit) ، والائتمان وسائله كثيرة وأهم وسائل الائتمان المصرفى فى عمليات البنوك عقـد القرض وفتح الحساب وفتح اعتماد وخصم الأوراق التجارية وخطاب الضـمان(٣) .

وبعد بيان معنى الائتمان نقول : ان المرابحة كأحد بيوع الأمانة التى يتجلى فيهـا هذا الوصف فى كلا الطرفين وبصفة خاصة فى بيوع المرابحة للآمر بالشراء اذ يلزم أمانة المشترى فى الوفاء بالتزاماته المالية والعقدية فى الشراء بعد دخول السلعة فى ملكية البنك كما يلزم أمانة البائع فى اخبار المشترى بكل ما يتعلق بالسلعة وثمنها وربحه فيهـا وكل ذلك أساسه الثقة ، كما تتم المرابحة بنـاء على طلب المشترى واستجابة البنك فكل منهما قـد يكون مسترسلا وقـد يكون المشترى أكثر استرسالا من البنك البـائع

ونخلص الى أن الائتمان بالمعنى اللغوى متوافر فى المرابحة أيضا

---

(١) انظر العقـود وعمليات البنوك التجارية ـ د. على البارودى ص ٢٩٧ ـ مكتبة منشأة المعارف بالاسكندرية .

(٢) اقتصاديات النقود والبنـوك ـ د. عبد النبى حسـن يوسف ص ١٦١ ط . مكتبة عين شمس بالقاهرة .

(٣) الأوراق التجارية ـ د. محمد حسـنى عباس ص ٥ ـ دار النهضـة العربية .

ويبقى بعد ذلك الموازنة بين ما تحققه المرابحة من أمن لطرفيها وما يحققه الائتمان بالمعنى التقليدى أو الاصطلاحى المصرفى وأيهما أفضل وأبلغ فى الأفضلية •

فمن المتفق عليه أنه لا ائتمان بلا مخاطر ومن ثم يولى النظام المصرفى التقليدى اهتماما شديدا بالضمانات ومتابعة التحصيل واسترداد الأموال ومنذ منح الائتمان •

فهناك مخاطر تتعلق بالمقترض أو الشخص الممنوح ائتمانا ومدى التزامه وانتظامه وشخصيته السوية وسمعته •

وهناك مخاطر تتعلق بالنشاط الذى يمارسه المقترض ومدى حساسية هذا النشاط للظروف المختلفة وأهمها ظروف الصناعة والاستيراد والأسواق والأذواق ••• الخ •

ولا نعتقد أن اتباع أسلوب المرابحة والمرابحة للآمر بالشراء وفقا للمعايير والضوابط الشرعية ترتفع فيه نسبة المخاطر كما هو أسلوب الائتمان المصرفى ، فالمرابحات عمليات بيع وشراء تجارية أى يجرى التعامل فيها على سلع تضمن بذاتها ما يترتب عليها من التزامات مالية الا أن تتعرض السلع نفسها للهلاك وهنا تأخذ المعاملة شكلا آخر من أشكال المسئولية •

ومن أهم الضمانات الخاصة فى بيوع المرابحات التى لا نظير لها فى أسلوب الائتمان المصرفى ما يأتى :

(أ) خيار الرؤية : فيكون من حق صاحبه أن يشترط ألا يكون العقد باتا قبل رؤية المبيع •

(ب) الرد بالعيب : ويكون من حق من يشترط رد السلعة اذا تبين له عيب فيها بعد استلامها •

(جـ) نظرة الميسرة : الوجوبية اذا تأكد للبنك أن العميل يمر بحالة ضائقة مالية أو ضعف فى السيولة •

(د) تحقيق نسبة ربح أكبر بالنسبة للطرفين قد يفوق نسبة سعر الفائدة السائد فى السوق •

(هـ) تحول المرابحة الى مشاركة بضوابطها وقيودها الشرعية وهذا نوع تسهيل قد يحصل عليه المشترى بلا محظور شرعى •

وقبل كل هذا : المزايا أو الأفضليات التى يمنحها أسلوب التعامل بصيغة المرابحة وبعده فان الربح فى المرابحة بضوابطها الشرعية حلال باتفاق ، وسعر الفائدة فى الائتمان المصرفى حرام باتفاق ، وهذا الأصل العقائدى بما يترتب عليه من آثار اقتصادية مدمرة فى التعامل بالربا عبر عنها قول الله تعالى : ﴿ يمحق الله الربا ﴾(1)

أما الربح الحلال فيكون هنيئا طيبا تطيب به حياة الرابح أو المتربح والناس جميعا •

* * *

٣ ـ الاقتصاد القوى والاقتصاد الضعيف :

لا شك أن ما تقدم يغرينا بالحديث عن الاقتصاد القوى والاقتصاد الضعيف ، فهناك مقولة شائعة تذهب الى أن النظم الاقتصادية الوضعيه الربوية يتلاحظ للناس قوتها وسيطرتها فما هى الحقيقة ؟

وفى وجازة شديدة نقول :

ان الانسان هو المقياس الحقيقى للقوة والضعف فى أى نظام فالاقتصاد بالانسان ومن أجل الانسان وأصبح الانسان هو معضلة الاقتصاد أيضا ويصدق هذا بصورة أوضح فى العالم الثالث والأخير اذ الانسان فيه صار هو معضلة التنمية بأخلاقياته وعاداته وسلوكياته التى انحرفت عن معايير المنهج القويم والقيم المثلى كأصول هادية ولن

(1) البقرة : ٢٧٦

تكون كذلك الا اذا كانت محايدة أو أن حيادها مؤكد مضمون ، ولن تكون كذلك الا اذا كانت لا تخضع لموازين وأهواء بشرية باعتبار أن البشر هم أطرافها أو أصحاب المصلحة ومن ثم تعين أن تكون موازين علوية الهيئة ربانية ولن يتحقق ذلك الا اذا كان الاها واحدا لا شريك له ولا تعدد فيه .

وتأسيسا على هذه المقدمات المترابطة فالاقتصاد القوى هو ما كان قويا عند الله أى وفقا لأحكامه وموازينه ، والعكس كذلك ، ونجد هذا فى قوله تعالى :

« وما آتيتم من ربا ليربوا فى أموال الناس فلا يربوا عند الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون »(١) .

ونقيس على ذلك الأصل الاقتصادى مسائل أخرى للتدليل على صحته ـ فالخمر والزنا مثلا ـ قد يكونا لذة عند الناس ولكنهما حرام عند الله ، والقتال فى سبيل الله قد يكون كرها عند الناس ولكنه خير عند الله .

فالتوحيد والتسليم هو القول الفصل فى قضية القوة والضعف فى النظم وما تقوم عليه من ارادة لله أو للانسان ، فكل ما كان مرد الأمر فيه ارادة الله تنظيما وترتيبا وحكما كان قويا قطعا ، وكل ما كان مرده ارادة الانسان ـ ما لم تكن موافقة لارادة الله ـ وكان للانسان فيها نية ورأى على غير ارادة الشرع كان ضعيفا .

ونخلص اذن الى أن الارادة الشرعية المتمثلة فى عنصر بشرى مؤمن مدرب فعال هو الفاصل الجوهرى فى قوة وضعف نظام دون آخر فالانسان هو الوسيلة والغاية وهو المعضلة أو المشكلة أيضا وبحلها على أسس عقدية ومناهج سلوكية وخلقية قويمة تتوفر الوسيلة الصحيحة وتتحقق الغاية المنشودة والعكس بالعكس .

* * *

---

(١) الروم : ٣٩

الفصل الثالث

الضمانات في المعاملات المصرفية الإسلامية

- أهمية الضمانات وتقسيمها .
- الضمانات الوقائية .
- الضمانات التابعة العلاجية .
- الضمانات الاجرائية والاثبات .

أهميــة الضمانات وأقسامها

● تمهيـــــــد :

تمثل الضمانات أهم عــوامل الأمان من الخوف فى الممارســات والمعاملات المصرفية التى يكتنفها الخطر وتقوم على جانب من المخاطرة ومن هنا كانت المعالجة الاسلامية للخطر والمخاطرة فى المعاملات وبصفة خاصة المصرفية منها ذات ثلاث شعب هى :

الأولى : وهى ما يمكن تسميته بالضمانات الوقائية ٠

الثانية : وهى ما يمكن تسميته بالضمانات التابعة العلاجية ٠

الثالثة : وهى ما يمكن تسميته بالضمانات الاجرائية والاثبات ٠

* * *

المبحث الأول ـ الضمانات الوقائية

وتتمثل الضمانات الوقائية فى تلك التوجيهات التى ترتبط بأصل المعــاملة لتجنب الخــلل والمحظور فيها أو بمناســبتها ومن أهم تلك الضمانات الوقائية فى الفقه الاسلامى ما يأتى :

أولا ـ النواهى :

ـ كالغرر والجهالة : فكل ما لا يدرى حصوله وما لا يقدر على تسليمه غرر ، وكل ما علم حصوله وجهلت صفته فمجهول ، والغرر والجهالة كثير ممتنع اجماعا وقليل جائز اجماعا ، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثــانى ،٠

ـ والتدليس : باستخدام وسائل احتيالية لاخفاء عيب فى المعقود عليــه وتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد وقد يكون التدليس بالفعل أو بالقول أو بالكتمان ٠

ــ الغبن والاستغلال : ويتمثل الغبن في عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه نتيجة استغلال ضعف معين في المتعاقد المغبون يدفعه الى التعاقد •

ــ النجش : بالزيادة في ثمن السلعة دون قصد الى شرائها يريد بذلك أن يضر المشترى وينفع البائع •

ــ الاحتكار : حبس السلعة يريد اغلاءها على المشترى ويضيق الناس بذلك •

ثانيا ــ الأوامر :

وعلى رأسها يأتى ــ الصدق : فالكذب صورة من الغبن والخداع والاحتيال •

ــ الأمانة : فى الأداء وفى الوفاء •

ثالثا ــ الخيارات الفقهية تشكل هى الأخرى مجموعة من الضمانات التى تتيح للمعاملات الاستقرار وتمام الرضا والسلامة من العيوب ومن أهمها :

● العقد الصحيح وأوصافه وأقسامه :

العقد الصحيح عقد مشروع ذاتا ووصفا بمعنى أنه صادر من أهله مضاف الى محله قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة غير مقرونة بشرط من الشروط المفسدة للعقد ، وينقسم العقد الصحيح الى نافذ وموقوف ، والصحيح الموقوف يتوقف على اجازة معتبرة •

أما العقد الصحيح النافذ فهو الذى صدر من أهله مستوفيا كل شروطه الشرعية وهذا العقد تترتب عليه كل آثاره الشرعية وفق ما يتفق عليه العاقدان ويجيزه الشارع ، والعقد النافذ قد يكون لازما أو غير لازم •

والعقد اللازم هو ما لا يملك أحد العاقدين فسخه بانفراد فلا بد من رضا العاقد الآخر ، وقد يكون الفسخ بالاقالة ويشترط لذلك الايجاب والقبول كعقد البيع ووجود المحل ، كما قد يكون الفسخ بالاعذار أيضا كالاجارة ٠

والعقد غير اللازم بعد نفاذه هو ما يستبد أحد العاقدين بفسخه كالوكالة ، وقد تلزم الوكالة كما فى توكيل الراهن غيره ببيع الرهن عند حلول الأجل لأجل ايفاء الدين من ثمنه فلا يستطيع الراهن عزل هذا الوكيل ولا تبطل وكالته بالعزل لتعلق حق المرتهن الدائن به[1] ٠ وكالعارية والقرض عند جمهور الفقهاء خلافا للامام مالك ٠

ومن العقود ما يكون لازما بالنسبة لأحد الطرفين وغير لازم بالنسبة للآخر كالرهن فلازم بالنسبة للمدين الراهن وغير لازم بالنسبة للدائن المرتهن ٠

● **الخيارات :**

غير أنه فى العقود اللازمة[2] قد يثبت الخيار لأحد العاقدين أو لكل منهما وبذا يتمكن من له الخيار من امضاء العقد أو فسخه ٠

وتنقسم الخيارات الى قسمين :

قسم يثبت بالشرط ويقال له « خيار الشرط » أى الخيار الذى سببه الشرط ٠

وقسم يثبت بسبب آخر وان تعددت الأسباب ٠

---

(١) الالتزامات فى الشرع الاسلامى ــ الشيخ أحمد ابراهيم بك ص ١٩٣ ــ دار الأنصار ــ بالقاهرة ٠

(٢) اذ لا فائدة من الخيار فى العقد غير اللازم فحق الفسخ مقرر فيه ٠

أ ــ **خيــار الشرط** : هو ما يشترط فى صلب العقد الذى يحتمل الفسخ أو بعده لأحد العاقدين أو كليهما من امضاء العقد أو فسخه فى مدة معينة يتراضى عليها الطرفان(١) .

وقد يكون الخيار الأجنبى نيابة عن أحد العاقدين .

٢ ــ **خيــار الرؤية** :

والمراد بالرؤية ادراك الشىء بكل ما يفيــد علمــا بطريق الحس والمشاهدة وفى كل شىء بحســبه الرؤية لتمام الرضــا بالعقــد ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه .

ويثبت خيار الرؤية من غير شرط فى أربعة أمور هى :

١ ــ شراء الأعيان التى يلزم تعينها ولا تثبت دينا فى الذمة كعقد السـلم .

٢ ــ الاجارة .

٣ ــ قسمة غير المثليات كالقيميات المتحدة أو المختلفة الجنس .

٤ ــ الصلح عن مال على شىء معين كالصلح عن دعوى مال معين على شىء معين لم يره .

٣ ــ **خيــار العيب** :

يثبت به حق المشترى ــ من غير اشتراط فى العقد ــ فى فسخ العقد بسبب العيب فى المبيع لم يعلم به حين العقد ولا حين القبض ولم يكن البائع قد اشترط عليه البراءة من العيوب .

والعيب هو كل ما أوجب نقصــان قيمة المبيع فى عرف التجــار

---

(١) انظر كتابنا « ضوابط العقود » ص ٢٨٨ ــ مكتبة وهبة .

أو يفوت به على المشترى غرض صحيح من العقد وإن لم تنقص قيمة المبيع .

٤ ـ خيار تفريق الصفقة :

كما لو استحق بعض المبيع قبل قبضه أو بعده بطل البيع فى قدر المستحق ويخير المشترى فى الباقى ، وكذا لو هلك بعض المبيع قبل القبض فان المشترى يتخير فى الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام كما يتخير فى الاستحقاق وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه .

ويجب على البائع رد الثمن الى المشترى ان كان أخذه منه .

٥ ـ خيار فوات الوصف المرغوب فيه :

يكون بمقتضاه المشترى مخيرا بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ما لم يحط عنه البائع شيئا مقابل الوصف الفائت والخيار هنا كخيار العيب .

٦ ـ خيار النقد :

من اشترى شيئا على أنه ان لم ينقد ثمنه الى مدة معينة فلا بيع بينهما صح ذلك ، فان شاء نقد الثمن وأخذ المبيع وان شاء فسخ العقد ، وكذلك لو أعطى المشترى البائع الثمن على أن البائع إن رد الثمن فى مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك والخيار هنا للبائع .

* * *

المبحث الثاني

الضمانات التابعة العلاجية

• المقصود بها وأقسامها :

ويقصد بها تلك الضمانات التي تلحق بالمعاملة المالية أو العقد كعملية تعاقدية ومن ثم يأتي دورها اذا لم يسر العقد أو تنفيذه سيرا حسنا وفقا لشروطه وأحكامه فتنهض تلك الضمانات ونستطيع أن نقسمها الى قسمين رئيسيين هما :

أولا ــ العربون ودفعة ضمان الجدية :

يجتمع المعنيان في مرحلة غير باتة في التعاقد النهائي وينفرد العربون في حالة تأكيد العقد والبدء في تنفيذه بذلك العربون وهنا يعتبر جزءا من الثمن ولا يثير اشكالا .

أما اذا كان دفع العربون عند ابرام العقد لحفظ حق العدول عن العقد طبقا لارادة المتعاقدين فالجمهور لا يجيزه لما يعتبرونه فيه من الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير حق وأجازه الامام أحمد(١) .

ثانيا ــ عوض التأخير في السداد عن موعد الاستحقاق :

مدارها على الضرر الحاصل فعلا من جراء التأخير في السداد وكان الضرر نتيجة طبيعية لعدم السداد (الفعل الضار) ويقدر التعويض على هذا الأساس وفقا لمعايير موضوعية(٢) .

* * *

---

(١) أنظر تفصيل المسألة في بحثنا « الاستثمار والرقابة الشرعية » ص ١٢٣

(٢) انظر ما تقدم ص ١٤١

المبحث الثالث

الضمانات الاجرائية والاثبات

● تقديم :

لقد صنفنا هذه المجموعة من الضمانات تحت الضمانات الاجرائية والاثبات لما غلب عندنا من ضرورة اجرائها والنص عليها ومن ثم يكون اعتبارها قائمة على الاجراءات التى يتعين على البنك اتخاذها هو السبب الغالب فى هذا الادراج على الرغم من أن حقيقة بعضها قد يكون ضمانا عينيا مثل الرهن والحق فى الحبس ولكن ذلك راجع الى طبيعة الضمان لا الى ضرورة اجرائه من قبل البنك حفاظا على حقوقه قبل المتعاملين معه ، ومن هنا صح عندنا هذا التقسيم وغلبناه على غيره من الاعتبارات الأخرى .

اولا — رهن المنقول

نظرا لأهميته ودقته وشيوعه فى العمل نفرده بالبحث :

(أ) موقف القانون المدنى المصرى من رهن المنقول :

تنص المادة (١١٢٢) من القانون المدنى المصرى على أنه :

« تسرى الأحكام المتقدمة (فى رهن المنقول) بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية و ... وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول » .

وتتضمن المادة (١١١٠/١) من القانون المذكور أن الرهن يخول الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون عن الناس كافة ...

وتنص المادة (١١١٠) على أنه :

« اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن الا

اذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن » ...

ويتضح من هذه النصوص أن القانون المدنى المصرى لم ينظم الحالة التى يكون فيها المنقول المرهون فى حيازة المدين الراهن الا فى مجال ضيق جدا فى السفن البحرية والمحل التجارى كما أنه لم يغلق المسألة فأعطى للقانون التجارى وللقوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول فرصة تنظيمها بما يتلاءم ويتناسب مع ظروف التجارة والأحوال الخاصة فى رهن المنقول ومن هذا المنطلق نستطيع القول بأن القانون المدنى المصرى فى (المادة ١/١١١٠) منه اذا كان قد أعطى الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون الا أنه أجاز له أن يأذن للمدين الراهن بحيازة المرهون دون أن يقصد بذلك انقضاء الرهن (م ١١١٠ منه) .

ولما كانت أعمال البنوك تعتبر تجارية وبصفة خاصة اذا كان الالتزام المضمون تجاريا . وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن قروض البنوك التى تعقدها فى نطاق نشاطها المعتاد تعتبر عملا تجاريا مهما كانت صفة المقترض وأيا كان الغرض من القرض[1] ، فان جواز أن يأذن المرتهن للراهن بحيازة السلعة المرهونة بغرض بيعها ويكون الثمن رهنا فى مقام المبيع أمر يرخص فيه القانون المدنى المصرى نفسه بمقتضى المادة (١١٢٢) على ما سلف بيانه وان كان بطريق غير صريح أو غير مباشر لاعتبارات التجارة والأعمال التجارية التى تختلف عن الأعمال المدنية فى كثير من الأحكام .

(ب) **أما المشرع الفرنسى** فقد واجه المسألة « رهن المنقول » مواجهة صريحة انطلاقا من أن معظم المنقولات التى لها قيمة ويمكن للتاجر أن يرهنها تتعلق باستغلاله التجارى ومن ثم فان نقل حيازتها الى

---

(١) انظر د. على جمال الدين عوض ـ المرجع السابق ص ٨٥٧

الدائن يعطل مالكها عن مباشرة نشاطه فيها مما يجعل رهنها فى غالب الأحيان غير مفيد ولذلك لجأ المترع الفرنسى الى وضع تنظيم لرهن المنقول يحمى فيه كافة المصالح المتعارضة بحيث لا يلزم لنفاذه نقل الحيازة الى الدائن بل انه يشهر بالقيد فى سجل خاص ليعلم به الغير ولذلك فعندما يتصرف المدين فيه الى الغير فان الغير يعلم عندئذ أنه مرهون[1] •

(جـ) فى الفقه الاسلامى :

لقد كان الفقه الاسلامى أسبق من المشرع الفرنسى وأوسع تصورا من مشرع القانون المدنى فى المواد السابق ذكرها اذ نصت المادة (٧٤٧) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتى :

« لو باع الراهن الرهن بدون رضا المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن ولكن اذا أوفى الدين يكون ذلك البيع نافذا وكذا اذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذا ويخرج الرهن من الرهنية ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهنا فى مقام المبيع[2] وان لم يجز المرتهن البيع فالمشترى يكون مخيرا ان شاء انتظر الى أن يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع » •

وفى أقوال الفقهاء متسع يجلب التيسير ويدفع المشقة ويحقق المصلحة الراجحة • فيقول الامام الكاسانى : اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون فى يد الراهن ووضعه فى يده جاز لأن القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الأجنبى سواء[3]

---

(١) أورد ذلك د. على جمال الدين عوض ــ المرجع السابق ص ٨٥٥

(٢) جاء فى بدائع الصنائع : « النمن فى باب البيع بدل المبيع وانه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا » جـ ٥ ص ١٤٦

(٣) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٧ طبعة ثانية ــ دار الكتاب العربى •

كما أورد الكاسانى قول الامام الشافعى[١] وهو أكثر سعة اذ يقول : أما حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى انه كان المرهون شيئا يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه ، وان كان شيئا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يد المرتهن ، واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يغلق الرهن . لا يغلق الرهن . لا يغلق الرهن .. هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه »[٢] فأخبر عليه الصلاة والسلام أن الرهن لا يغلق أى لا يحبس .. وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه صاحبا له على الاطلاق فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقا رقبة وانتفاعا وحبسا . ولأن الرهن شرع توثيقا للدين وملك الحبس على سبيل الدوام أيضا ، ومعنى الوثيقة لأنه يكون فى يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهينا للدين لا توثيقا له ولأن فى الحبس تعطيل العين المنتفع بها فى نفسها من الانتفاع لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم (يقصد الحنفية) فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله:

﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة .. ﴾[٣] .

كما جاءت فى الروض المربع للشيخ منصور البهوتى من علماء الحنابلة نصوص حاسمة فى المسألة فيقول رحمه الله[٤] :

« ويصح الرهن مع الحق ويصح بعده ، ويجوز رهن المبيع قبل قبضه ـ غير المكيل والموزون والمزروع والمعدود ـ على ثمنه وغيره

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٤٥ طبعة ثانية ـ دار الكتاب العربى .
(٢) رواه الأثرم . (٣) المائدة : ١٠٣
(٤) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ج ٢ ص ١٦١ ، ١٦٣ ـ ط . مكتبة الرياض الحديثة .

عند بائعه وغيره لأنه يصح بيعه بخلاف المكيل ونحـوه لأنه لا يصح بيعه قبل قبضه فكذلك رهنه .... » .

واذا كان ذلك كذلك وكانت الحاجة داعية اليـه فانها أدعى فى المعاملات التجارية على وجه أخص .

* * *

ثانيا ــ الحق فى الحبس (حق الحبس)(١)

فقد نصت على هذا الحق الكثير من القوانين المدنية الشرعية المقتبسة من الفقه الاسلامى فنصت المـادة (٣٦٢) مدنى يمنى على أنه :

« اذا كانت حقوق الطرفين متقابلة بحيث يكون التزام احـداهما مترتبا على التزام الآخر ومرتبطا به يكون لكل منهما الحق فى أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الآخر لم يعرض الوفاء بما عليه أو لم يقـدم تأمينا كافيـا للوفاء به .. كما يكون ذلك بوجـه خاص لحائز الشيء أو محرزه اذا هو أنفق عليـه مصروفات ضرورية أو نافعة فان له أن يمتنع عن رده حتى يسـتوفى ما هو مستحق له الا أن يكون الالتزام بالرد ناشـئا عن عمل غير مشروع »(٢) .

وتنص المـادة (٣٦٣) مدنى يمنى على أن :

« مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت للحابس حق أولوية عليه ويلزم الحابس المحافظة على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسـابا عن غلته » .

---

(١) صاحب حـق الحبس يسـمى المحتبس (Rétenteur) ــ انظر مجمـوعة المصطلحات العلميـة والفنية التى أقرها مجمع اللغـه العربية ص ٩١ المجلد العشرون سـنة ١٩٧٨ ــ ط. الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

(٢) مثل ذلك نص المـادة ٢٣٠ وما بعـدها من القانون المدنى السودانى رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ المـأخوذ من الشريعة الاسلامية والمـاده ٣٨٧ مدنى أردنى المـأخوذ من الشريعة أيضا .

وتنص المادة (٣٦٤) مدنى يمنى على أن :

« اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه التلف فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء ببيعه بالمزاد العلني أو بسعره فى السوق وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه »[1] .

وقد نص القانون المدنى العراقى على الحق فى الحبس للضمان فى المواد (٢٨٠) وما بعدها ، ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية فى حبس المبيع بالثمن الحال الى أن يؤدى المشترى جميع الثمن فى المواد (٢٧٨) وما بعدها[2] .

وقد نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدنى المصرى على الحق فى الحبس اذ يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به فاذا طولب من له الحق بتنفيذ التزامه كان له أن يمتنع عن الوفاء حتى ينفذ الدائن التزامه المقابل وبذلك يعتبر الحق فى الحبس بهذا المعنى وسيلة فعالة من وسائل الضمان وبذلك خرج القانون بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة الى حيز المبادىء العامة[3] ومن ثم يشترط لاستعمال المحتبس الحق فى الحبس ثلاثة شروط هى :

(أ) أن يكون المحتبس ملتزما بأداء شيء .

(ب) وأن يكون فى نفس الوقت دائنا بحق مستحق الأداء .

(جـ) أن يوجد ارتباط بين الدينين[4] :

هذا الارتباط قد يكون قانونيا وقد يكون ماديا .

والارتباط القانونى هو الذى ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية بين المدينين ويستوى أن تكون هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية .

---

(١) مثل ذلك نص المادة ٣/٢٣١ و ٢٣٢ مدنى سودانى المأخوذ من الشريعة الاسلامية .

(٢) مثل ذلك نص المادة ٤٥٤ وما بعدها من مرشد الحيران .

(٣) أنظر أستاذنا د. عبد الودود يحيى ـ أحكام الالتزام ص ١١٥ ط ١٩٨٧ دار النهضة العربية ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٦٤٨

(٤) د. عبد الودود يحيى ـ المرجع السابق ص ١١٩

أما الارتباط المادى فينشأ عن واقعة مادية هى حيازة الشيء أو احرازه حيث ينشأ لحائزه أو محرزه حق فى استيفاء ما يكون قد أنفقه على هذا الشيء أو فى التعويض عن الضرر الذى أصابه بسببه (م ٢٤٦ مدنى) .

واذا توافرت شروط نشوء الحق فى الحبس كان للمحتبس الحق فى أن يمتنع عن تسليم الشيء المحبوس الى مالكه كما أن له أن يتمسك بهذا الحق فى مواجهة الغير وكان على المحتبس فى نفس الوقت واجب المحافظة على الشيء المحبوس فاذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف فيجب عليه الحصول على اذن من القضاء فى بيع الشيء المحبوس وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه كما أنه على المحتبس أن يقدم حسابا عن غلة الشيء المحبوس وينقضى الحق فى الحبس بانقضاء الحق الذى يضمنه أو بتقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس أو اذا أخل المحتبس بالمحافظة على العين أو بهلاك العين المحبوسه أو بخروج العين من يد المحتبس بارادته كأن يتنازل عن حقه فى الحبس(١) .

* * *

ثالثا : الحوالة

● الحوالة والضرورات الاقتصادية :

لقد فرضت التطورات الاقتصادية على واضعى النظم القانونية تنظيم الحوالة فكان أول تنظيم قانونى وضعى لها فى القانون المدنى الألمانى فى المواد من (٤١٤) الى (٤١٩) والذى صدر فى ١٨/٨/١٨٩٦ وقد أحدث ذلك « ثورة » فى الفقه الأوربى آنذاك ، هذا فى الوقت الذى كانت الحوالة فيه معروفة فى الفقه الاسلامى قبل ذلك بمئات السنين(٢) لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

---

(١) انظر المواد ٣/٢٤٧ ، ١/٢٤٨ من القانون المدنى المصرى .
(٢) فتح البارى جـ ٥ ص ٦١ كتاب الاستقراض .

« مطل الغنى ظلم واذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » أخرجه البخارى عن أبى هريرة[1] .

وفى لفظ الأحمد : «ومن أحيل على ملىء فليحتل» وفى رواية عن ابن عمر : « مطل الغنى ظلم واذا أحلت على ملىء فاتبعه » .

والمطل هو تأخير ما استحق أداؤه لغير عذر مع القدرة على الأداء[2] .

ومطل الغنى ظلم سواء أكان هذا الغنى المماطل مدينا أصليا أو تابعا بالحوالة أو الكفالة .

والملاءة المقصودة : الملاءة المالية والمادية ، فتشمل البدن أيضا أو الملاءة المعنوية فتشمل القول ويكون الملىء هو القادر بماله وقوله وبدنه[3] .

وعلى أساس الملاءة المذكورة فى الحديث الشريف تكون الحوالة وسيلة من وسائل تقوية الدين ومن ثم فهى مربوطة بالدين .

* * *

● **حوالة الدين ــ احلال مدين محل مدين :**

وعلى النحو المتقدم لا بد من رضا أطراف الحوالة مطلقة أو مقيدة[4] فأما المحال عليه فلأنه هو الملتزم بدفع دين الحوالة ، وأما المحال فلأن فى الحوالة انتقال حقه الى ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما المحيل فلأن ذوى المروءات يأنفون من تحمل غيرهم ما عليهم من

---

(1) الشيخ احمد ابراهيم ــ ص ٢١٨ ــ الالتزامات فى الشرع الاسلامى .

(2) الروض المربع للشيخ منصور البهوتى ج ٢ ص ٢٩٤

(3) الشيخ احمد ابراهيم ص ٢٢٠ ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى ــ انظر أيضا المادة ١/٧٧٢ من مرشد الحيران .

(4) انظر د. عبد الودود يحيى ــ حوالة الدين ــ ص ٤ ــ ط ١٩٦٠ مكتبة القاهرة الحديثة .

ديون فلا بد من رضا[1] ، وقيل : لا يشترط رضا المحيل ـ أى المدين الأصلى ـ لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه (أى فى الحوالة المطلقة) والمحيل لا يتضرر بل فى ذلك منفعة له لأن المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم تكن الحوالة بأمره ، كما نازع البعض[2] فى رضا المحال عليه اذا كانت الحوالة مقيدة فقد أنزل المحال عليه من المحال منزلة المحال عليه من المحيل ولم يعتبر رضاه معه لأن فى الحوالة تفويض فى القبض فلا يعتبر فيه رضا من عليه، ولأن الحق عليه فلا يعتبر رضاه ، وهذا الرأى مردود بأن الحوالة تصرف بنقل الدين ابتداء بينما التوكيل بقبض الدين تصرف بأداء الواجب ومن ثم لا يشترط فيه رضاؤه (المحال عليه) .

* * *

● **شروط الحوالة :**

من أهم شروط الحوالة ما يأتى :

١ ـ التكليف بالفعل والبلوغ .

٢ ـ الرضا .

٣ ـ أن يكون المحيل مدينا للمحال (م ٧٧٣ من مرشد الحيران) وذلك عند غير الحنفية من الفقهاء .

٤ ـ معلومية مال الحوالة ـ أى دين الحوالة .

٥ ـ أن يكون دين المحال حالا وأن يكون الحقان متساويان فى الصفة والحلول والتأجيل ، لأن الحوالة ارفاق كالقرض فلو جازت مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل فتخرج عن موضوعها .

---

(١) أنظر الكاسانى ـ بدائع الصنائع جـ٦ ص١٥ ـ البحر الرائق لابن نجيم جـ٦ ص ٢٤٦

(٢) أنظر الالتزامات فى الشرع الاسلامى ـ الشيخ أحمد ابراهيم ـ ص٢٢١ ـ فتح القدير جـ٥ ص٤٤

وينصب مفهوم الحوالة عند الحنفية على الحق فى المطالبة من عدمه بينما عند غيرهم ينصب على التماثل بين الدينين[1] .

* * *

● **آثار الحوالة :**

تنص المادة (٧٧٧) من مرشد الحيران على أنه[2] :

« اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برىء المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

وأهم آثار الحوالة بناء على هذه النصوص ما يأتى :

١ ــ براءة المحيل من الدين الا أن هناك اختلاف حول طبيعة هذه البراءة :

(أ) فيرى البعض أنها براءة مقيدة بسلامة حق المحال اذ يجور للدائن اذا توافرت شروط خاصة أن يرجع بحقه على المحيل لما روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال : « لا توى على مال امرىء مسلم » فلا يرجع المحال على المحيل الا بالتوى كأن يجحد المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل عليه أو أن يموت المحال عليه مفلسا[3] .

(ب) ويرى البعض أنها براءة نهائية ولكنها تبطل اذا أبطلت الحوالة بسبب تخلف أحد عناصرها الرئيسية ويجيزون رجوع الدائن على المحيل اذا توافرت شروط خاصة كأن يشترط ذلك بشرط صريح فى العقد[4] .

---

(١) أنظر المهذب للشيرازى جـ١ ص ٤٤٥ وبداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٩
(٢) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٣٤٧ وما بعدها .
(٣) أنظر المادة ٧٨٣ من مرشد الحيران ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٧٣ ــ طبعة رابعة ــ المطبعة الأميرية سنة ١٣١٤ هـ مشار اليه فى حوالة الدين للدكتور عبد الودود يحيى .
(٤) الدسوقى على الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص٢٩٧ المطبعة الأزهرية بمصر سنة ١٣٠٩هـ .

(جـ) ويرى البعض أن براءة المحيل تقتصر على المطالبة دون الدين فلا يصح الابراء منه •

٢ ـ التزام المحال عليه قبل المحال (الدائن) يكون على نفس الصفة والصورة والكيفية التى كانت بين المحال عليه والمحيل فمناط الحوالة هو الدين[1] •

٣ ـ لا يجوز للمحال عليه القيام بأى عمل يعوق المحال عليه عن الوفاء بالدين المحال •

ومما يجدر ذكره أن المادة (٣١٩) من القانون المدنى المصرى تنص على أن :

« يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » •

وهذا النص يجعل من يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة شرطا واقفا يمنع براءة المدين براءة نهائية أو أن المسار المحال عليه اذا ثبت وقت الاقرار يكون بمثابة الشرط الفاسخ •

ونص المادة (٣١٩) مدنى مصرى يتفق مع رأى الامام محمد ابن الحنفية اذ يرى خلافا لأبى يوسف أن الحوالة تنقل المطالبة فقط الى المحال عليه ، أما الدين فباق فى ذمة المحيل (المدين الأصلى) ومن ثم فبراءة المدين الأصلى ليست نهائية وانما هى براءة تحت شرط فاسخ اذا تحقق عاد الى الدائن حقه فى مطالبة المدين الأصلى لقول الحنفية : « لا يرجع المحال (الدائن) على المحيل (المدين الأصلى) الا بالتوى والتوى يكون بأحد أمرين :

اما أن يجحد المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل عليه •

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٣٠٥ ـ طبعة ثالثة ـ المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٥هـ ـ المادة ٧٧٩ من مرشد الحيران والمادة ٢٩٢ مجلة الأحكام العدلية •

واما أن يموت المحال عليه مفلسا[1] .

والاختلاف بين الصاحبين يرجع الى اختلافهم فى فهم طبيعة الحوالة. فبينما يعتبر أبو يوسف أن الحوالة تنقل الدين الى المدين الجديد يعتبر محمد أن القصد من الحوالة هو استيفاء الدين من المحال عليه لا ثبوته فى ذمته[2] .

وقد أخذ مرشد الحيران برأى محمد فى المادة (٧٧٧) وأخذت المجلة برأى أبى يوسف فى المادة (٦٩٠) .

* * *

رابعا : الكفالة

● الكفالة توثقة وضمان للدين :

الحوالة من التحول والنقل سواء للدين أو للمطالبة به على ما سبق ، أما الكفالة من الكفل والضم فهى :

ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل المكفول فى المطالبة بتنفيذ التزام بحسب نوع الكفالة فقد يكون بالنفس أو الدين أو العين أو العمل ، أو ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول فى الوفاء بالدين[3] .

وعلى ذلك كانت الكفالة لتقوية ذمة المدين وبخاصة فى الكفالة بالمال سواء أكان دينا أو عينا . فالمطالبة بالضم فى الدين الثابت فى

---

(١) انظر تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص١٧٢ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ ابن نجيم جـ٦ ص٢٤٩ ـ ط. دار الكتب العربية الكبرى ـ مشار اليه فى حوالة الدين د. عبد الودود يحيى ص١٢٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٣٠٠ ـ فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٥ ص ٤٤٦ ـ طبعة أولى ـ المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٦هـ .

(٣) نصت المادة ٦٥٤ مدنى سودانى سنة ١٩٧١ على أن : « الكفالة عقد بمقتضاه يتعهد الكفيل للدائن بالوفاء بالتزام على المدين اذا لم يف به المدين نفسه » ومثل ذلك نص المادة ٧٧٢ مدنى مصرى ـ انظر المادة ٦١٢ مجلة الأحكام العدلية وم ٩٩٨ مدنى يمنى وم ١٠٠٨ مدنى عراقى وم ٩٥٠ مدنى اردنى وم ٨٣٩ من مرشد الحيران .

الذمة أو تسليم المال أو الضم فى الدين فيثبت بها دين آخر فى ذمة الكفيل ويكتفى باستيفاء أحدهما .

أما الحوالة فهى من وسائل تقوية الدين المحال به .

● الكفالة بالمال وخصائصها :

تعتبر الكفالة بالمال أهم أنواع الكفالة فيما نحن بصدده من الضمانات فى العمل المصرفى الاسلامى فألفاظ الكفالة يعبر بها عن الضمان والتوثيق حقيقة أو عرفا ولهذا كانت الكفالة للاستيثاق فيما كفل به الكفيل[1] .

والكفالة بالمال تكون فى المطالبة بعين مضمونة أو دين أو حق[2] ..

ولا يشترط فى الكفالة بالمال أن يكون المال معلوما فلو قال : أنا كفيل بدين فلان على فلان ــ تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوما[3] . وتصح بسائر الديون الصحيحة .

وتصح الكفالة بالوعد المعلق ، مثلا لو قال : ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه[4] .

وتصح مؤقتة بزمن كما لو قال : أنا كفيل من يوم كذا الى الوقت الفلانى[5] .

وعلى ذلك تصح الكفالة معلقة على شرط ولو بمجهول انتهاء

---

(١) أنظر المادة ٩٩٨ مدنى يمنى اذ تنص على أن :
« الكفالة ضم ذمة هى ذمة الكفيل الى ذمة هى ذمة المكفول عليه للاستيثاق فيما كفل به وتتم بلفظها ونحوه ولا تتوقف على رضا المكفول عليه » .
(٢) أنظر المادة ١٠٠١ مدنى يمنى وم ٦١٤ مجلة الأحكام العدلية .
(٣) أنظر المادة ٦٣٠ من مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٠٩ مدنى يمنى.
(٤) أنظر المادة ٦٢٣ من مجلة الأحكام العدلية .
(٥) أنظر المادة ٦٢٤ من المجلة .

وتصح مضافة الى أجل معلوم ابتداء ، فان كان الأجل مجهولا ابتداء بطل الأجل وبطلت الكفالة وأصبحت حالة الا أن يتعلق الأجل المجهول ابتداء بغرض كمحصول الثمر ونحوها فانه يصح مع الكفالة(١) .

وتصح الكفالة عن المفلس اذ لا يشترط يسار المكفول عنه ، كما تصح بدون أمر على ميت معسر (٢) خلافا لما يذهب اليه الامام أبو حنيفة اذ لا تصح عنده : « كفالة من مات ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل » اذ كفل الكفيل بدين ساقط بالموت لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه فى الحكم مال لأنه ينول اليه فى المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبه الاستيفاء فيسقط ضرورة ، وقال الصاحبان : تصح ، اذ كفل بدين ثابت حيث وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط (٣) ، ويذهب ابن عابدين مذهبا وسطا عبرت عنه المادة (٨٦٨) من مرشد الحيران بقولها :

« يسقط الدين عن الميت المفلس الا اذا كان به كفيل حال حياته أو رهن » (٤) .

---

(١) أنظر المادة ١٠٠٨ مدنى يمنى .

(٢) أنظر المادة ٦٣٣ مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٠٦ مدنى يمنى .

(٣) انظر الهداية جـ ٣ ص ٩٣ ونص الماده ٩٥٧ مدنى أردنى على انه « لا تصح كفالة المريض مرض الموت اذا كان مدينا بدين محيط بماله » وينحاز بذلك لرأى الامام أبو حنيفة بتشدد أكثر ، والشافعية يضيقون فى الكفالة ويقصرونها على كل دين لازم فقط كالثمن والأجرة ودين السلم ومن ثم لا تصح عندهم بالمجهول وبما لا يجب ، مثل قوله : ما تداين فلان فأنا ضامن له ، لأنه وثيقة بحق فلا تسبق الحق كالشهادة ولا يصح تعليق الكفالة على الشرط ـ (المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٤٤٨ وما بعدها) ويذهب المالكية مذهبا وسطا فتجوز الكفالة بالمال عندهم فى كل مال ثابت فى الذمة الا الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه يلزم المكاتب أداؤه فلا يلزم ضمانه كما أنه لا يمكن توثيقه لأنه يملك اسقاطه اذا شاء فلا معنى لضمانه ، وتجوز الكفالة عند المالكية فيما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج وما شابه ذلك (بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص٢٩٩ وما بعدها) .

(٤) حاشية ابن عابدين أوسط الكفالة نمرة ٢٧٠ .

وتصح الكفالة بالدرك[١] أى بأداء ثمن المبيع وتسليمه اذا استحق المبيع ولا يؤاخذ الكفيل ما لم يحكم على البائع برد الثمن وكذلك لو غر أحد آخر فى ضمان عقد المعاوضة يضمن ضرره .

وفى الكفالة بالمال الكفيل ضامن والطالب (الدائن) مخير فى المطالبة إن شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل أو كلاهما معا وكذلك لو تعدد الكفلاء ولو اشترط براءة الأصيل انقلبت الكفالة حوالة وكذلك ومن باب اللزوم اذا شرط فى الحوالة عدم براءة المحيل تحولت الى كفالة[٢] .

وفى الكفالة بالمال المعلقة على شرط يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد أيضا فالكفيل فى الكفالة المقيدة مطالب بالوصف الذى قيدت به الكفالة من التعجيل أو التأجيل .

* * *

● **الرضائية فى الكفالة :**

الكفالة عقد رضائى بين الكفيل والأصيل المكفول له (الدائن) ولكن لا يشترط رضا الأصيل المكفول له ومن تجوز الكفالة بغير علمه[٣] ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد فى غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل اليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها ، وعلى ذلك تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط .

وتجوز الكفالة أيضا بغير علم المدين أى كفالته بغير علمه[٤] ومن ثم لا تتوقف على رضاه .

---

(١) م ٩٦٤ ، ٩٦٥ مدنى اردنى .
(٢) انظر المادة ٩٥٨ مدنى أردنى .
(٣) انظر المادة ٦٢١ من مجلة الأحكام العدلية .
(٤) نصت على ذلك المادة ٦٥٧ مدنى سودانى .

وذهب القانون المدنى المصرى مذهبا توسع فيه فى الكفالة اذ نص على جواز الكفالة على الرغم من معارضة المدين[1] ، وهذا المسلك يتشبع لما ذهبت اليه مجلة الأحكام العدلية من أن عقد الكفالة ينعقد وينفذ بايجاب الكفيل فقط[2] .

* * *

● **الكفالة الاجبارية :**

على الرغم من أنه لا يشترط رضا المكفول له أو الدائن أو الأصيل ولا رضا المدين على نحو ما تقدم الا أن هناك حالة تكون فيها الكفالة اجبارية وهو ما نصت عليه المادة (٦٥٦) من مجلة الأحكام العدلية والمادة (٨٦٩) من مرشد الحيران على النحو التالى :

المادة (٦٥٦) مجلة تنص على أن :

« المديون مؤجلا[3] لو أراد الذهاب الى ديار أخرى قبل حلول الأجل وراجع الدائن الحاكم (القاضى) وطلب كفيلا يكون مجبورا على اعطاء الكفيل » .

المادة (٨٦٩) من مرشد الحيران تنص[4] :

« للكفيل بالنفس أو المال ان كانت كفالته حالة أن يمنع الأصيل من السفر ان كانت الكفالة بأمره ولا يمكنه منه حتى يخلصه منها بتسليم نفسه للطالب فى كفالة النفس أو بدفع الدين الى الطالب ان كانت الكفالة بالمال » .

ويتضح من النصين السابقين أنهما لتوفير الحماية والضمان فنص المجلة يوفر الحماية للدائن اذا ظهر له أن سفر المدين الى ديار أخرى يؤثر على دينه كان من حقه أن يلجأ الى القاضى لاجبار المدين على

---

(١) م ٧٧٥ مدنى . (٢) انظر المادة ٦٢١ مجلة .
(٣) التأجيل تعليق الدين وتأخيره الى وقت معين (م ١٥٦ مجلة) .
(٤) انظر أيضا المادة ٩٨٤ مدنى أردنى .

تقديم كفيل ، ونص مرشد الحيران المأخوذ من حاشية ابن عابدين يقرر حماية للكفيل نفسه أيضا اذا كان الدين حالا أو حل الدين ومن ثم الكفالة ، وكانت الكفالة بأمر المدين ومن ثم يمنع الكفيل المدين من السفر الا اذا دفع الدين •

* * *

● **الأصل أن الكفالة عمل مدني لا تجارى :**

لقد اعتبر القانون المدنى السودانى والمصرى كفالة الدين التجارى عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا[1] واستثنى من ذلك الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير تلك الأوراق •

* * *

● **آثار الكفالة بالمال :**

١ ـ اذا أدى الكفيل الدين برئت ذمته وذمة المدين الأصلى بالنسبة للمكفول له •

٢ ـ اذا أدى الكفيل الدين فى الكفالة المأمور بها من المدين حل محل المكفول له (الدائن) فى مطالبة المكفول عليه بالحق •

٣ ـ اذا أبرأ المكفول له (الدائن) المكفول عنه (المدين الأصلى) من الحق فتبرأ ذمة الكفيل منه ويأخذ حكم الابراء كل تمليك للحق بأى سبب من أسباب التمليك •

٤ ـ اذا صالح المكفول عنه (المدين الأصلى) المكفول له (الدائن) عن الحق بأقل منه برئت ذمة الكفيل من الباقى واذا صالح المكفول عنه أو الكفيل المكفول له عن الكفالة ببعض الحق برئت ذمة الكفيل من الباقى ولا تبرأ ذمة المكفول عنه منه ويكون للمكفول له مطالبة المكفول عنه وحده بالباقى •

---

(١) انظر المادة ٦٦١ مدنى سودانى و م ٧٧٩ مدنى مصرى .

٥ ـ اذا كان للكفيل كفيل فالدائن مخير فى مطالبة من شاء منهما أو كلاهما أو الباقين اذا تعددوا الا اذا كفلوا جميعا بعقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم الا بقدر حصته .

٦ ـ يتبع التزام الكفيل التزام الأصيل فى التعجيل والتأجيل .

٧ ـ اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم والا فلا .

٨ ـ تكون الكفالة تضامنية اذا أطلقت .

٩ ـ على الدائن اذا أفلس مدينه أن يتقدم فى التفليسة بدينه والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر بسبب اهمال الدائن .

١٠ ـ ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل (المدين) بما عجل أداءه من الدين المؤجل الا بعد حلول الأجل .

١١ ـ للكفيل أن يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات ومصاريف لتنفيذ مقتضى الكفالة .

١٢ ـ اذا أحال الكفيل أو الأصيل (المدين) الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه برىء الأصيل (المدين) والكفيل فى حدود الحوالة واذا اشترط فى الحوالة براءة الكفيل فقط برىء وحده دون الأصيل .

١٣ ـ لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله[1] ويتعين تمسك الكفيل بذلك الحق كى يقضى به ، ولا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد .

---

(١) انظر المادة ٦٧٠ من القانون المدنى السودانى سنة ١٩٧١ والمادتين ٧٨٨ و ٧٩٣ مدنى مصرى .

١٤ — اذا وفى الكفيـل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبـل المدين ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعـد أن يستوفى الدائن كل حقـه من المدين وحق الرجوع للكفيل الذى وفى الدين سواء أكانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه[1] .

* * *

خامسا : الاثبات فى آية المداينات

● **ما توفره وتدل عليه آية المداينات من ضمانات فى الاثبات :**

يقول الله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجـل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعـدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليملل الذى عليه الحـق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا ، فان كان الذى عليـه الحق سفيها أو ضعيفا او لا يستطيع أن يمل هـو فليملل وليـه بالعـدل ، واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجـل وامرأتان ممن ترضـون من الشهداء أن تضـل احداهما فتذكر احـداهما الأخرى ، ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ، ولا تسـأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله ، ذلكم أقسـط عند الله وأقوم للشـهادة وأدنى الا ترتابوا ، الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها ، واشـهدوا اذا تبايعتم ، ولا يضار كاتب ولا شـهيد ، وان تفعلوا فانه فسوق بكم ، واتقوا الله ، ويعلمكم الله ، والله بكل شىء عليم . وان كنتم على سـفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ، فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته وليتق الله ربه ، ولا تكتموا الشـهادة ، ومن يكتمها فانه آثم قلبـه ، والله بمـا تعملون عليم ﴾[2] .

---

(١) م ٧٩٩ ، ٨٠٠ مدنى مصرى .
(٢) البقرة : ٢٨٢ — ٢٨٣ .

وتتفهم الآية الكريمة من عدة وجوه هى :

١ ـ مرتبة الكتابة من طرق الاثبات فى الفقه الاسلامى :

تأتى الكتابة كوسيلة اثبات ضمن طرق الاثبات المختلف فيها فى الفقه الاسلامى وبعد طرق الاثبات المتفق عليها ومنها الشهادة والاقرار ، والمجيزون للكتابة كوسيلة اثبات يقولون بشروعيتها لورود ذلك فى الكتاب والسنة والعرف وبخاصة اذا كانت صادرة من جهة حكومية أو كانت تتضمن شهادة أو اقرارا وهى الصورة التى تنفرد بها آية المداينات ومن ثم الفقه الاسلامى .

على حين تأتى الكتابة فى صدارة طرق الاثبات فى القانون الوضعى ويليها الشهادة ثم الاقرار ومن ثم تعتبر من طرق الاثبات الملزمة والمباشرة بل ان النظام القانونى قد يشترط وجوب الاثبات بالكتابة فى حالات معينة مثل التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على مبلغ معين أو أن يكون غير محدد القيمة[١] . وحالة اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى[٢] فيما عدا ما استثنى من حالات تقتصر على مورد النص فيها[٣] .

كما أن هناك تصرفات يتطلب القانون الكتابة لاثباتها دون اعتداد بقيمتها كالكفالة وعقد الصلح وعقد الشركة وعقد المقاولة وكذلك

---

(١) تنص المادة (٦٠) من قانون الاثبات المصرى على أنه : « فى غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ... » .

(٢) تنص المادة (٦١) من قانون الاثبات المذكور على أنه : « لا يجوز الاثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها (أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ... » .

(٣) تنص المادتين ٦٢ ، ٦٣ مدنى مصرى على أنه : « يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة واذا وجد مانع مادى او ادبى يحول دون الحصول على دليل كتابى واذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا بد له فيه » .

التصرفات الشكلية التى اشترط القانون لانعقادها تحرير ورقة بها كالرهن الرسمى أو بيع السفينة .

ويبدو أن شرط تحديد قيمة التصرف التى اشترطها القانون لوجوب اثباته بالكتابة لا يقره النص القرآنى فى قوله تعالى :

« ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله ، ذلكم اقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا » .

ولا يقدح فى كتابة الدين صغيرا أو كبيرا أن الأمر بالكتابة فى قوله تعالى **« فاكتبوه »** للندب والاستحباب والارشاد لا للوجوب اذ صرفه عن الوجوب قرينة قوله تعالى : **« فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن امانته » .**

وقوله تعالى : **« وأدنى الا ترتابوا » .**

٢ ـ الكتابة الصادرة من كاتب عدل كجهة رسمية والمتضمنة اقرارا وشهادة :

فقد تضمنت الآية الكريمة طريقة فريدة من طرق الاثبات لم تشهدها بعد قوانين الاثبات الوضعية وهى تلك التى تجتمع فيها أربع طرق أخرى للاثبات منها اثنتان متفق عليهما بين الفقهاء وذلك على النحو التالى :

لقد دلت الآية الكريمة على الكتابة ابتداءا كطريق من طرق الاثبات ثم عهدت بتلك الكتابة الى كاتب عدل وهو تلك الجهة التى تقوم بذلك العمل ، وكونه جهة مأخوذ من قوله تعالى : **« ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله »** فمنعه من اباء الكتابة وأن يكتب كما علمه الله دلالة قوية على كونه جهة منوط بها هذا العمل وتوفر بذلك للكتابة صفة الرسمية وكونها صادرة من موظف عام مختص .

والكتابة الصادرة على هذا النحو توفر فيها أمران آخران هما :

(أ) اقرار المدين أو وليه بالدين •

(ب) الشـــاهدان •

بذلك اجتمع فى ورقة الدين ولها أربعة أمور هى :

(أ) الكتـــابة •

(ب) صدورها من كاتب عدل •

(جـ) الاقرار • (د) الشـــهادة •

اذا كانت الشهادة والاقرار من طرق الاثبات المتفق عليها فى الفقه الاسلامى فان دليـــل الاثبات المستمد من الآية الكريمة يكون من أقوى الأدلة فى المداينات على النحو الذى دلت عليه ومن ثم يكون هـــذا الدليـــل من أفضـــل الضمانات وأقواها بما لم تشـــهده نظم الاثبات الوضعية •

٣ ــ المداينات التجارية وغير التجارية أو المدنية والعادية :

لقد دلت الآية الكريمة بظاهرها ومضمونها وفحواها على نوعين من المداينات ، كما دلت على التمايز فى طريقة التوثقة والاثبات بينهما نظرا لاختلاف طبيعة كل منهما عن الأخرى[1] •

---

(١) ان اختلاف طبيعة العمليتين المدنية والتجارية وما يعنيه ويترتب عليه من اختلاف طبيعة واجراءات التوثقة أو الضمانات والاثبات لا يدل بالضرورة على سهولة واستثناء فى المعاملات التجارية فلا تلازم بينهما بل قد يكون على العكس بمعنى أن الطبيعة الخاصة والمتميزة للمعاملات التجارية بما تضمنه من أهمية هذه المعاملات وسرعتها يفرض قوة فى الضمانات والاثبات وهذا هو ما يعنينا بالدرجة الأولى وليس ما يذهب اليه الكثيرون من أن القرآن الكريم استثنى العقـــود التجارية من الاثبـــات بالكتـــابة مراعـــاة لليسر والتساهل ومن تم حرية الاثبات ــ انظر محمد وهبة الزحيلى ــ وسائل الاثبات فى المعاملات المدنية والأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، رســـالة دكتوراة ص ٤٨٥ القاهرة ١٩٧١ ــ د. محمد حسن الجبر ــ القـــانون التجارى السعودى ص ٣ ف ٢ و ص ٤٠ ، ٤١ ف ٢٣ طبع جامعة الملك

=

(أ) المداينات العادية والمدنية أو غير التجارية :

وهى الالتزامات التى محلها أداء مالى بدين معين المقدار مسمى الأجل أو محدد الأجل وهـذا النوع من الالتزام يسـمى فى الفقـه « الالتزام بدين » فى مقـابل « الالتزام بعين » ويسمى فى القـانون الوضعى « الحق الشخصى » فى مقابل « الحق العينى ».

والالتزامات تتعلق بالذمة اذا كانت بدين أو تحولت الى دين اذ يكون محل الالتزام أداء مالى يجب على المدين أن يقوم به لصـالح الدائن ، ولتعلقها بالذمة طلب الشـارع الاستشهاد عليهـا أى طلب الشهود واستحضارهم وفقا لنصاب الشهادة الذى نصت عليه الآية وهو : رجلان أو رجل وامرأتان .

شريطة أن يكون الشـهود ممن عرف عنهم عـدم التقاعس عن الشـهادة اذا ما دعـوا اليها وهـذا الشرط بدلالة قـوله تعـالى : ﴿ ممن ترضون ﴾ أى أن يكون الشهود محل رضا طرفى الالتزام .

= سعود ــ الرياض سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) ــ احمد نشـأت ــ رسالة الانبات ص ١٠٨ ف ٥٦ ــ القاهرة . محمد عبد اللطيف ــ قانون الاثبات ج ٢ ص ٢٦ ف ٢٦ ، القاهرة ١٩٧٢ ــ د . عباس حسنى ــ أصـول القانون والقواعد الفقهية ص٤٨ ف٤٠ طبع جامعة الملك سعود ــ عبد القادر عودة ــ التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ف ٣٣ ، ٣٤ ــ دار الكتاب العربى بيروت ــ د. محمود محمد بابللى ــ الأسس الفكرية والعملية للاقتصاد الاسـلامى ص ١١٠ ــ دار الرفاعى للنشر بالرياض ــ د. محمـد بن احمـد صـالح ــ الشريعـة الاسـلامية ودورهـا فى مقـاومة الانحراف ومنع الجريمة ص ٢٨ طبع الفرزدق التجارية بالرياض سـنة ١٤٠٢ هـ . كما أن محاولة نفى الصفة التجارية عن عملية التبايع التـى أساسها التجارة ، بصادم النص القرآنى المتبت لها صراحة حيث غاير النص بين المداينات المطلقة فى صدر الآية والمداينات التجارية أو الأعمـال التجارية التى تتمخض عنها هذه المداينات مما يؤكد اختلاف طبيعة كل منها وما يترتب على ذلك من ضمانات فى انبات وهو ما نوضحه ، انظر د. محمد وحيد سوار ــ الشكل فى الفقه الاسلامى ص ١٩٨ وما بعدها ــ طبع معهد الادارة بالرياض سنة ١٤٠٥ هـ (١٩٨٥ م) .

(ب) المداينات التجارية :

هى التى تنشأ بسبب ممارسة الأعمال التجارية ومباشرتها ويعتبر العمل تجاريا اذا اصطلح على اعتباره كذلك نصا أو عرفا •

وقد عبر النص القرآنى عن هذا النوع من المداينات « بالتبايع » باعتبار أن جوهر الأعمال التجارية هو البيع والشراء من ناحية ومن ناحية أخرى باعتبار أن جوهر العقود ومحلها هو العملية القانونية المقصودة من العقد وفى عقد البيع يكون محله هو عملية التبايع المقصودة من عقد البيع •

ومن هنا وجب أن نلمح الى الفارق الدقيق بين محل الالتزام وسببه ومحل العقد وسببه[1] •

فمحل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا كأن يحرم القانون التعامل فى الحق المتنازع عليه بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة •

وسبب الالتزام هو الغرض المباشر المحدد الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه •

أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد •

وسبب العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد أى الباعث الرئيسى الذى جعل المتعاقد يقدم على العملية التعاقدية وعلى ابرام التصرف

وباستصحاب ما تقدم فى محل وسبب كل من الالتزام والعقد فان الآية الكريمة قد غايرت فى طريقة الاثبات بين المدانيات غير التجاريه والمداينات التجارية بدلالة قوله تعالى : ﴿ الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ﴾ •

---

(١) انظر د. عبد المنعم فرج الصده ــ نظرية العقد ص ٢٦ ، ٢٧ ــ دار النهضه العربية ــ مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠ .

ووجه المغايرة فى طريقة الاثبات يتمثل فى :

(أ) عـدم الكتابه فى المداينات التجارية وما يشترط فيهـا من صدورها من كاتب عدل وما تتضسنه من اقرار المدين أمام كاتب العـدل وكذلك الشـهادة .

(ب) الاشهاد على عملية التبايع باعتبار أن العملية القانونية للتبايع هى محل العقد ومقصوده ومن هنا حصلت عندنا المفارقة بين : **الاشهاد والاستشهاد** فالأخير يعنى طلب الشـهادة أى الشهود على المداينات العادية أو غير التجارية وهى ما يمكن أن يعبر عنه بالالتزام بالدين فى الفقه أو الحـق الشخصى فى القانون الوضعى ومن ثم فالضـمان فى هذه الالتزامات يتعلق أو يتصل بالاعتبارات الشخصية فى الدائن والمدين .

أما الاشهاد على عمليات التبـايع فيتصـل أو يتعلق بالاعتبارات الموضوعية للعملية التعاقدية التى محلها التبايع أسـاس عمليات التجارة ومن ثم كان طبيعيا أن تختلف ضمانات تلك العمليات التجارية لطبيعتها الخاصـة عن السـابقة وبخاصة اذ أصبحت العمليـات التجارية الآن تتم عن طريق المصـارف والبنوك فى الداخل والخارج ويشـترك فى اتمامها أكثر من شخص طبيعى أو معنوى ، لكل ذلك نقول : ان الاشهاد على التبايع يتسـع لصور من الضـمان أو الضمانات لا يتسـع لها الاستشهاد المنصوص عليـه فى صدر الآية الكريمة والذى هو عبـارة عن رجلين أو رجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء .

وعلى هـذا النحو يكون الاثبات فى الحالة الثانية أى العمليات التجارية غير محصور فى الشـهادة بل يشمل ما توجبـه أو تفرضـه طبيعة العمليات التجارية من ضمانات مصرفية مستحدثة .

* * *

الفصل الرابع

هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية

- مقدمات ممهدات .
- المقصود بهيئة الفتوى والرقابة الشرعية وتشكيلها .
- هيئة الرقابة الشرعية فى نماذج من قوانين البنوك الاسلامية .
- أهم النتائج والتوصيات .
- ملحق : نموذج لائحة الهيئة الشرعية .

المبحث الأول

مقـدمات ممهدات

أولا ــ الحق أهدى وأقوم :

الحمد لله وحده ، لا نحصى ثناء عليه ، نسبح بحمده ، ونستغفره من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له .

والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله محمد بن عبد الله ، النور المبين ، والرحمة المهداة ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه ، ومن عمل بسنته ، وتأسى بهديه الى يوم الدين .

يقول الله تعـالى : **﴿ تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا فى الأرض ولا فسادا ، والعاقبة للمتقين ﴾(١) .**

ويقول تعالى : **﴿ وان الدار الآخـرة لهى الحيـوان ، لو كانوا يعلمون ﴾(٢) .**

والأنفس البشرية لها دور أربعة ، أو تمر بأدوار أربعة ، كل دار أعظم من التى قبلها . وهى :

١ ــ الانسان فى بطن أمه فى ظلمات ثلاث . يقول تعالى :

﴿ يخلقكم فى بطون أمهاتكم خلقا من بعد خلق فى ظلمات ثلاث ﴾(٣) .

٢ ــ الدنيا التى يقضى فيها الانسان ما قدر الله له من عمر بعد خروجه من بطن أمه . يقول تعالى :

﴿ والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا ﴾(٤) .

---

(١) القصص : ٨٣ (٢) العنكبوت : ٦٤ .
(٣) الزمر : ٦ . (٤) النحل : ٧٨

٣ ــ دار البرزخ بعد أن تفارق الانسان الروح ، يقول الله تعالى : **« الله يتوفى الأنفس حين موتها »(١)** •

٤ ــ دار القرار ، يقول الله تعالى : **«وان الآخرة هى دار القرار»(٢)**•

والأرواح بعد الموت فى دار البرزخ ، متفاوتة فى مراتبها ، ومختلفة فى مستقرها ، يصيبها الألم واللذة والنعيم ، ومرسلة ومحبوسة •

فتبارك الله فاطر الأنفس ، ومحييها ومميتها ، ومسعدها ومشقيها ، فاوت بينها فى درجات سعادتها وشقاوتها • وفاوت بينها فى مراتب علومها وأعمالها وأخلاقها .••

نشهد أن لا اله الا الله ، له الملك وحده والكمال المطلق وحده • ونشهد أن محمدا رسول الله ، جاء بالحق • يقول تعالى :

« قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين • يهدى به الله من اتبع رضوانه سبل السلام ويخرجهم من الظلمات الى النور باذنه ويهديهم الى صراط مستقيم »(٣) •

« وبالحق أنزلناه وبالحق نزل »(٤) •

« وقل جاء الحق وزهق الباطل ، ان الباطل كان زهوقا »(٥) •

فالحق جوهر الشريعة ، وسنة الخلفاء الراشدين ، يقول الله تعالى : **« أولئك الذين هدى الله ، فبهداهم اقتده »(٦)** •

عرف الخلفاء الراشدون الحق فانصاعوا له ، وأقاموه فى الناس ، بلا خوف ولا وجل ، فهذا الصديق أبو بكر يقول فى خطبة الخلافة : « أطيعونى ما أطعت الله فيكم فان عصيته فلا طاعة لى عليكم » •

---

(١) الزمر : ٤٢ •
(٢) غافر : ٣٩ •
(٣) المائدة : ١٥ ــ ١٦ •
(٤) الاسراء : ١٠٥
(٥) الاسراء : ٨١
(٦) الانعام : ٩٠

وهذا الفاروق عمر الذى ملأ الأرض عدلا ، يذعن للحق فى كل أحواله ، حتى ولو كان من امرأة لها كامل حريتها لتعبر عن الحق ، ثم يدعن له .

فتلك التى قالت : « الله بيننا وبينه عمر ... يولى أمرنا ثم يغفل عنا »(1) .

وذلك قوله : « بئس الوالى أنا ان شبعت وجاع الناس ... ولم اذن كنت اماما اذا لم يمسنى ما مسهم »(2) .

لهذا وذاك وغيره كان قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » .

والحق الذى جاءت به شريعة الاسلام كان سنة الخلفاء الراشدين ، والوصول اليه والوقوف عليه هدف الأئمة الزهاد المتقدمين ، وهو ما يجب ان تحرص عليه أيضا هيئات الفتوى فى البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ، لهذا كانت رسالتها عظيمة ، وكان أمر الاعتناء بها والقاء المزيد من الضوء على كل ما يتعلق بها ضروريا ، حتى يطمئن الناس وتسكن قلوبهم للحق ، وتستمر مسيرة البنوك الاسلاميه بالحق ، وعلى طريق الحق فلا تضل ولا تزيغ ، ولا تعبث بها الأهواء ما دامت متمسكة بالحق ، تبينه لها وتعينها عليه هيئات الفتوى والمتابعة الشرعية .

فما مدى أهمية هيئات الفتوى ، ومن أين تستمد مشروعيتها . وما هى اختصاصاتها ، والشروط والمواصفات التى يجب توافرها فى أعضائها ، وكيف يتم تشكيلها ، وما هى ضمانات فاعلية الهيئة ، كل هذا وغيره سنتناوله فى هذا البحث الجديد المتواضع ، سائلين المولى عز وجل أن يجعل فيه الخير وأن يحصل به النفع ان شاء الله .. آمين .

---

(1) انظر فى تفاصيل تلك القصة تاريخ الطبرى ، ج ٥ ، ص ٢٠ ، وابن الجوزى ، ص ٥٩ .
(2) الرياض النضرة ، ج ٢ ، ص ٥٥

ثانيا ــ الرقابة ((السينية)) مستوياتها وأنواعها :

يقول الله تعالى : ﴿ **وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون** ﴾(١) •

فالعمل المطلوب فى الآية الكريمة جوهر حياة الأمة آحادا وجماعات فهو مناط كون الانسان مستخلفا فى الأرض كى يعمرها ومن ثم كان هذا العمل أساس عملية الانتاج ومدارها •

والعمل كعنصر جوهرى فى العملية الانتاجية بكل ما يدل عليه من معنى دقيق وخاص أو معنى عام ، كأن يقال : ان عنصر راس المال مردود الى عنصر العمل متراكما ، وهكذا يحتل العمل أهمية بالغة وبارزة تجعله محلا للرقابة بصورها المختلفة فى الآية القرآنية الكريمة •

والرقابة التى تحدثت عنها الآية رقابة مباشرة وفورية بدلالة « الفاء والسين » فى قوله تعالى : « فسيرى » وهذا ما يجعلنا نطلق عليها مصطلح « الرقابة السينية » •

وهذه الرقابة « السينية » ذات مستويات ثلاثة هى على الترتيب :

١ ــ رقابة عليا لله سبحانه وتعالى •

٢ ــ رقابة رسول الله صلى الله عليه وسلم بما تعنيه من رقابة ولى الأمر •

٣ ــ رقابة المؤمنين بما تعنيه من نظم وقوانين وتنظيمات ادارية •

ونقصر الحديث على المستوى الثالث فقط من الرقابة لاتصاله بموضوع البحث وفى اطار هذا المستوى الثالث من الرقابة توجد فى نظرنا ثلاثة أنواع من الرقابة التى تتعاون وتتضافر فى رقابة العمل ومتابعته وتقييمه وهى :

---

(١) التوبة : ١٠٥

(أ) الرقابة الشرعية •   (ب) الرقابة المالية •

(جـ) الرقابة الشعبية •

ونقصد بالرقابة الشعبية ابتداء رقابة أصحاب المصلحة الحقيقية المباشرة فى النشاط المالى الذى يقوم به البنك أو المؤسسة المالية أى المساهمين أو المودعين بحسب الأحوال وفيما يتعلق بالبنوك أو المصارف فان المودعين يمثلون مصلحة جادة وحقيقية على جانب عظيم من الأهمية ويجب أن يحسب حسابها وأن يكون لها دور فعال فى الرقابة من خلال شكل تنظيمى أو آخر يحقق المصلحة دون تأثير أو ضرر يلحق بالبنك •

ونقصر الحديث على النوع الأول فقط من الرقابة وهو الرقابة الشرعية والتى يتضح من العرض السابق أنها رقابة « متخصصة » أى على علم تام بفنيات عمل نشاط البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ومتطلباته المتنوعة والمتعددة وليست فقط ذات المام عام بالكليات أو العموميات فموقع الهيئة الشرعية يحتم عليها المعرفة « المتخصصة » فيما هى فيه بل والمتميزة وغير المسبوقة بمعنى أنها تعرض لمستجدات المسائل العملية بتداعياتها المحلية والعالمية •

ولهذا نستطيع القول بأن تخصص الهيئة الشرعية أو كونها ذات معرفة تخصصية يقوم على اعتبارات ثلاثة هى :

١ ـ طبيعة النشاط الذى تمارس الهيئة عملها فيه وهو ذات طبيعة مالية مصرفية استثمارية •

٢ ـ المناخ السائد الذى تباشر فيه المؤسسات المالية الاسلامية عملها والذى تسيطر عليه النظم والقوانين الوضعية وهذا يفرض صعوبات عديدة على تلك المؤسسات التى تعمل طبقا لأحكام الشريعة مما يفرض على الهيئة الشرعية تخصصا ومهارة فنية دقيقة •

٣ ــ البعد العالمى فى النشاط المصرفى والمالى سواء أكان ذلك بطريق مباشر من خلال العمل فى السوق العالمية أو غير مباشر من خلال التعامل مع مؤسسات عالمية وكلا الأمرين لا غنى عنهما فى النشاط الاقتصادى المعاصر ٠

ولا يفوتنا التذكير بقول الله تعالى : « **يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين ٠ فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ٠ وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم ، ان كنتم تعلمون** »(١) ٠

« **يا حسرة على العباد ، ما يأتيهم من رسول الا كانوا به يستهزءون** »(٢)

فلقد أخبر القرآن الكريم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الحرب متيقنة(٣) معلنة على من لم يذروا ما بقى من الربا بكل أشكاله وصوره ، هذا مع ما هو معلوم من أن الفتن والمحن تعم ٠ يقول تعالى : « **واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة** »(٤) فهل هم منتهون !!

وبعد الاخبار القرآنى يصبح عدم الانتهاء عن ارتكاب الحرام واقترافه افتراءا على الله وعنادا له سبحانه واستمرار مخاصمته وعدم الارتداع من قارعة بعد قارعة ٠

يقول الله تعالى : « **قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا قل ءالله أذن لكم ، أم على الله تفترون** »(٥) ٠

---

(١) البقرة : ٢٧٨ ــ ٢٨٠ (٢) يس : ٣٠
(٣) انظر صفوة التفاسير ــ محمد على الصابونى ــ ص ١٧٥ ــ المجلد الأول ــ دار القرآن الكريم ــ بيروت اذ يقول : « أى ان لم تتركوا التعامل بالربا فأيقنوا بحرب من الله ورسوله لكم » قال ابن عباس : « يقال لآكل الربا يوم القيامة : خذ سلاحك للحرب » ٠
(٤) الأنفال : ٢٥ (٥) يونس : ٥٩

وفيما يتعلق بالحرب الالهية الدائرة بسبب الربا يتعين التفريق بين أمرين هما :

(أ) حقيقة الربا والأصل فيه أو ما يسمى بالماهية .

(ب) مبررات الربا أو ما يسمى بالوصف .

ولا شك أن هذه غير تلك فحقيقة الربا الزيادة المحددة والمشروطة ابتداء منسوبة الى رأس المال وهذا هو جوهر الخلل فى العلاقة المالية بين الآخذ والمعطى فى تلك المعاملة ومن ثم فهما سواء فى الاثم ، كما أن قليل الربا وكثيره سواء فى ادخال الفساد على المعاملات ، أما مبررات الربا أو أوصافه فغير حقيقته ، فالمبررات أمور يحكمها التصور والافتراض ولو سانده الحساب فمثلا :

١ ـ الغالب على الظن حصول موكل الربا على ربح قد يكون وفيرا ، وأن الفائدة اذ تعتبر جزءا من هذا العائد فلا يضر ، والحقيقة غير ذلك فحصول الربح أمر مظنون وان كان راجحا ولو حصل ربح فعلى أى أساس تحددت نسبة الفائدة بالنسبة لهذا الربح ؟

٢ ـ ان سعر الفائدة تعويض عن الفرصة البديلة التى ضاعت على المقرض وهذا الأمر افتراضى أيضا فى جميع صوره لو تعقبناها .

***

ثالثا ـ أهمية الدور الذى تؤديه هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية :

لا شك أن استحداث وسائل جديدة وملائمة للرقابة على عمل ونشاطات البنوك الاسلامية من أهم ما يجب أن تتجه اليه البحوث وتتفتق عنه العقول والأفهام بعد أن نبذت تلك البنوك أسلوب التعامل بالربا أخذا أو عطاء فمن القواعد الشرعية المقررة أن « ما حرم أخذه حرم اعطاؤه » و « ما حرم فعله حرم طلبه »[1] .

هذا مع ملاحظة ما يؤديه نظام التعامل بالربا فى البنوك الربوية

---

(١) انظر المادتين ٣٤ ، ٣٥ من مجلة الأحكام العدلية .

من رقابة فعالة ومواكبة لحركة الأموال فيهـا ، ومن ثم سرعة وحسن استخدام هذه الأموال طبقا لقواعد وأصول النظريات الاقتصادية التي تعمل في ظلها تلك البنوك الربوية .

اذ من المقرر أن قواعد الرقابة على اختلاف أنواعها تحقق في النهاية هدفا جوهريا هو حماية الأموال والحرص على الادخار العام وهذه الحماية تمثل عاملا من عوامل استمرار حياة المؤسسات المالية على الاطلاق .

ولا أدل على ذلك مما حدث خلال الأزمة المالية العالمية التي بدأت في عام ١٩٢٩ فقد أدى عبث مديري شركات الاستثمار وانحرافهم عن الغرض المحدد لها في ذلك الوقت الى نفور المدخرين من المساهمة فيها مما استلزم التدخل لاعادة الثقة في هذه الشركات باحكام الرقابة عليها واتخاذها وسيلة من الوسائل الكفيلة بتحقيق الهدف .

وللدلالة على ذلك نورد ما جاء في تقرير احدى لجان مجلس الشيوخ الأمريكي عام ١٩٣٤ من أن :

« شركات الاستثمار ولئن كانت تتميز بما لها من أهمية حيوية في القطاع المالي للأمة . فان تنظيمها ونشاطها وادارتها لم تخضع في السنوات الماضية لأية رقابة ، ولم توفر أية حماية قانونية لجمهور المدخرين ، وقد سمحت هذه السياسة المتمثلة في « دعه يعمل » بانحراف هذه الشركات ... اذ استخدمت وسيلة في أيدي المديرين لزيادة ثرواتهم الشخصية مما جعلهم يتنكرون لواجباتهم ويضرون بجمهور المدخرين ... ولقد انتهى الصراع بين مصالح المديرين على حساب المدخرين لذا أتت شركات الاستثمار بنتائج مفجعة للأمة »[1] .

---

(١) U.S SE. NE. Report of the Senate Committe on Bobking and Currency on Stock Exehange Practice, 73 RD. Congress, Senate Report, No. 1455, 1934. p. 333. CiteFaffa, op. cit. p. 86.

مشار اليه في شركات الاستثمار للدكتور حسني المصري ، ص ٢٤٧

وازاء ذلك تدخل المشرع الأمريكى وتبعه مشرعو الدول الأخرى فى اخضاع شركات الاستثمار لرقابة محكمة .

ومن الأساليب القائمة فعلا للرقابة فى البنوك الاسلامية ما يتضمنه نظامها الأساسى من وجود مراقبى الحسابات للاطلاع فى أى وقت على جميع دفاتر البنك وسجلاته ومستنداته وطلب البيانات والايضاحات الضرورية لأداء عملهم .

وكما يقول الفقهاء ان المحاسبة من حسن ادارة المال والا أصبح نظام المعاملات محلولا .

وان كان هذا النوع من الرقابة فى البنوك الاسلامية فى حد ذاته لا يكفى لاحداث الرقابة الكافية ، ومن ثم يلزم وجود وسائل أخرى للرقابة كالنشر والاعلام عن نشاطات البنك ومشروعاته بحيدة وموضوعية لا بطريقة الدعاية مما يؤدى الى جذب المزيد من المدخرات وازدياد ثقة الناس ببنوكهم الاسلامية واستمرار حياة تلك البنوك لحل مشاكل المجتمعات بل وتنمية تلك المجتمعات .

* * *

رابعا ـ امتثال الأحكام الشرعية لتحقيق مصالح الخلق القائمة على الموضوعية لا الدعائية :

بالأحكام الشرعية يتم قصد الشارع من وضع الشريعة ، وبامتثال الأحكام تتحقق مصالح الخلق .

من ذلك يتضح أن المصالح المرادة هى التى شرعت من أجل تحقيقها الأحكام الشرعية وتعلقت بها علل الأحكام والتكاليف الشرعية، ومن ثم تلك المصالح الحقيقية القائمة على الموضوعية لا الهوى أو الوهم والظن .

والأمر والنهى من أهم مباحث الحكم الشرعى وكلاهما حق الله تعالى على جميع المكلفين ، وحق الله تعالى لا خيرة فيه للمكلف ، واذا

وقع الأمر والنهى شرعا لم يصح تخلفهما عقــلا ، والا كان افتياتا على الشرع وعلى الله صاحب الشرع واهــدار للشريعة بالكلية .

وبمعرفة الأمر والنهى تتم معرفة الأحكام ويتميز الحلال والحرام .

فالأوامر والنواهى مخرجة للمكلف عن داعيــة هواه حتى يكون عبدا لله اختيارا كما هو عبد الله اضطرارا(١) .

والاحاطة بأسرار الشريعة ومقاصدها من أهم ما يستعان به على فهم النصــوص الشرعيــة وتطبيقها على الواقع واســتنباط الحكم فيمــا لا نص فيــه .

＊＊＊

خامسا ــ البنك الاسلامى يعمل طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية :

والبنك الاسلامى كأحد أهم الحلول العملية المتاحة لمشاكل البلاد الاسلامية وغيرها من البلدان يدخل فى تكوينه وتنظيمه الأساسى جهاز يسمى « هيئة الرقابة الشرعية » وذلك بحكم طبيعة هذا البنك وطبيعة نشــاطاته التى يمارســها .

فممارسات البنك الاسلامى لها ضوابط ومميزات تجعلها مختلفــة عن نشاطات غيره من البنوك ، وعلى رأس هــذه الضوابط والمميزات أنه لا يتعامل بالربا أو الفائدة أخــذا أو عطاء وما يترتب على هــذه الميزة من مزايا أخرى كثيرة منها تصحيح وظيفة النقود لكى تصــبح مقياسا منضبطا ودقيقا للقيم ، ومن ثم أساسا صحيحا للتبادل بدلا من أن تكون سلعة أو من عروض التجارة بكل مايترتب على ذلك من آثار سيئة قد تؤدى الى التفكير بشــكل جــاد فى تغيير النظام النقــدى المعمول به حاليــا .

١ ــ مفهوم البنك الاســلامى عندى :

اذا كانت « هيئة الرقابة الشرعية » أحد مكونات البنك الاسلامى

---

(١) انظر الموافقات ــ للشاطبى ، ج ٢ ص ١٦٨ ــ ١٧٢

الأساسية فمن البديهى أن نستهل الحديث عنه بتقديم مفهومنا للبنك الاسلامى بأنه :

« مؤسسة مالية مصرفية ــ شعبية أو حكومية ــ تعمل على تجميع فوائض التوازن لدى الأشخاص ــ سواء طبيعيين أو اعتباريين ــ وتوجيهها فى أوجه استثمار انمائية ــ لصالح الفرد والجماعة ــ وذلك طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ــ ومقاصدها الأساسية (الضروريات ــ الحاجيات ــ التحسينيات) » •

ولا ندعى بحال أن هذا المعنى الجامع المانع للبنك الاسلامى ولا نكون مغالين اذا قلنا إن كلمة (Bank) فى نفسنا شىء منها فلا يلزم اتحاد الأسماء أو توحيدها للتعبير عن « المفهوم » ولا مانع عندنا من اختلاف وتعدد الأسماء للتعبير عن ذلك المفهوم فهناك « دار المال » و « بيت التمويل » و « المصرف الاسلامى » و « شركة الاستثمار » ••• الخ ، مما تكشف عنه الممارسات الفعلية للحلول الاسلامية لمشاكل الناس العملية فى حياتهم اليومية •

أتناول كل كلمة من كلمات هذا التعريف وأبين محترزاته ، وبعبارة أخرى أوضح ما يدخل فى هذا التعريف وما يخرج عنه :

(أ) مؤسسة مالية :

من المسلم به فى الأنظمة الادارية وجود تقسيمات ادارية كثيرة من أهمها المؤسسة والهيئة ، والهيئة تقوم على أداء خدمات دون مقابل بحسب أصل تسميتها ومن هنا تكون فى أغلب الأحوال ــ بل الغالب الأعم ــ تابعة للحكومات • أما المؤسسة فتقوم بأداء نشاطات مقابل عوض أو عائد أو ربح ، فالمؤسسة تعمل بقصد الربح أما الهيئة فلا •

ومن هنا كانت البنوك مؤسسات وليست هيئات اذ اختارت لها شكل المؤسسة كتنظيم ادارى •

(ب) ماليـــة :

البنوك الاسلامية كمؤسسات مالية تعمل فى كل ما يصدق عليـه معنى المـال فى الفقه الاسلامى ، ومن هنا يتحدد نشاطها ويتسع فى نفس الوقت .

يتحدد بالحلال والحرام فكل ما لا يعتبر مالا فى الاسلام لا يجوز التعامل فيـه. وكل ما يعتبر حراما أو فيـه شـبهة الحرام لا يجـوز التعامل فيه خاصة بعد أن وجد البديل الاسلامى فى المعاملات المصرفية وهو البنوك الاسلامية ، ومن ثم لا يجوز التذرع بالضرورة ، فالضرورة كما يقول السيوطى صاحب «الأشباه والنظائر» يشترط ألا يكون المحظور أكثر من الضرورة ولا حتى مساويا لها[1] ، والا فلا يجـوز العمـل بها أى بالجواز الذى ترتبه بالمخالفة للأصل .

(ج) شـــعبية :

مؤسسات مالية شعبية وهـذا هو أهم ما يميز البنك الاسلامى . انها مسئولية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

يقول الله تعالى : ﴿ **كنتم خير امة اخرجت للناس تامرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله** ﴾(٢) .

ويقول سبحانه : ﴿ **وانه لذكر لك ولقومك ، وسوف تسئلون** ﴾(٣)

مسئولية بكل أبعادها وحلقاتها ومجالاتها :

ـ الدينيـة .	ـ الشخصية .
ـ الأسرية .	ـ الاجتماعية .
ـ الدولـة .	ـ الأمـة .

---

(١) انظر بحثنا فى الحلال والحرام فى المعاملات ـ مسألة الفرق بين الحرام لذاته والحرام لغيره ص ١٤ وما بعدها .

(٢) آل عمران : ١١٠ (٣) الزخرف : ٤٤

ولا نقول هكذا المسلمون اذا تحمسوا لشيء حملوه كل شيء فلا مانع لدينا أن يؤدى كل واحد كل جوانب الواجبات اذا استطاع الى ذلك سبيلا فإن الله يزع بالسلطان ما لا يذع بالقرآن كما قال عثمان رضى الله عنه •

والواجب الكفائى ليس هناك ما يمنع أن يقوم به الجميع ، بل ادا قام به كل واحد منهم أثيب واذا تقاعس عنه الجميع أثموا •

والبنك الاسلامى يسعى الى الناس ولا ينتظر الناس حتى يأتون اليه لأن البنك صاحب رسالة ودعوة تتلخص فى :

١ ــ كيفية تعويد الناس على سلوك اقتصادى اسلامى محدد : منه كيف ينفقون أموالهم ، كيف يستثمرون أى فائض من المال لديهم وهو بذلك يعودهم كيف يدخرون على وجه الحقيقة لا على وجه الاكتناز •

فاستثمار المال ادخار له •

اذ ليس الادخار الا المحافظة على المال لوقت الحاجة ، والاستثمار ليس الا كذلك محافظة على المال بانمائه وازدياده فيبقى الأصل ويتكاثر ومن ثم يبقى المحافظة على الأصل على الأقل ان لم يزدد هذا الأصل بعد استيفاء كافة الاحتياجات الأساسية للفرد ، بعيدا عن الترف والتبذير والاسراف •

ولذلك كان التوجيه النبوى الشريف باستثمار المال حتى لا تأكله الصدقة والزكاة •

ويكون هذا هو معنى الادخار الحقيقى للمال بعيدا عن الاكتناز وتعطيل منفعة المال ، وفى هذا المعنى يقول الرسول الكريم :

« مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له عزائمة حتى يسلم له رأس ماله ، كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه » (١) •

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ طبعة ١٩١٠

فالربح وقاية لرأس المال وجابر له من الخسران[1] .

٢ ـ توفير وسائل الانتاج للقادر عليه حتى لا يكون هناك عاطل ، بل أكثر من ذلك حتى لا تكون هناك طاقة بشرية لا تعمل على الوجه الأكمل من افراغ الوسع والجهد فلا تكون هناك بطالة حقيقية أو بطالة مقنعة .

وكل ذلك فعله الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم حين جاءه من يطلب الصدقة فسأله : « ماذا عندك » ؟ فقال له : ليس عندنا الا قدح وحلس نجلس عليه ، فطلب منه أن يأتيه بهما ثم باعهما بدرهمين . جعل درهما منهما لنفقته ونفقة أهله ، وطلب منه أن يشترى بالباقى قدوما وقال له : « اذهب واحتطب وبع ولا تأتنى الا بعد خمسة عشر يوما » ، ففعل الرجل وعاد بعد خمسة عشر يوما ومعه خمسه عشر درهما[2] .

وهكذا هيأ الرسول العمل للرجل ووفر له وسيلة الانتاج ووفر له المال وحافظ على أصل ماله .

وهذا هو منهج البنك الاسلامى : فتوفير العمل أفضل من الصدقة اذا كان المتصدق عليه قادرا على الكسب .

(د) يعمل على تجميع فوائض التوازن لدى الأشخاص :

الأصل فى الانفاق التوازن اعمالا للهدى القرآنى فى قوله تعالى : **﴿ والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ﴾(٣)** .

---

(١) المغنى لابن قدامة ، جـ ٥ ص ٦٣ ، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ، وانظر تفسير الفخر الرازى ، مفاتيح الغيب ، جـ ١ ، سورة البقرة ـ الزمخشرى ـ الكشاف ، جـ ١ سورة البقرة .

(٢) الحديث رواه البخارى فيرجع اليه .

(٣) الفرقان : ٦٧

والتوازن فى الانفاق يترتب عليه حتما فى الغالب الأعم فائض من المال وهو ما يصح أن نطلق عليه **فائض التوازن** •

هذا الفائض بعد اشباع الحاجيات الأساسية للانسان بغير اسراف ولا سفه ولا تبذير تعمل البنوك الاسلامية على تجميعه ولا يتسنى لها ذلك الا اذا كانت على علاقات وطيدة بالأفراد فى البيئة التى توجد فيها وفى محلتها التى تعمل فى نطاقها سواء على النطاق **الاقليمى أو النوعى** كمجتمع الطلاب أو العمال أو الزراع أو التجار وهذا هو الأصل فى رسالة البنك الاسلامى حتى يتمكن من تبليغ دعوته القائمة على ضرورة تطبيق شرع الله فى المعاملات ، فالبنك الاسلامى لا ينطلق فى الناس لكى يجمع أموالهم فقد يأتون اليه مودعين بدافع الغيرة والعاطفة الدينية الجياشة فى صدورهم ويبقى بعد ذلك الناس هم الناس فى أخلاقياتهم وسلوكياتهم ومن هنا قلنا : ان البنك الاسلامى لا ينتظر الناس حتى يأتون اليه بل يذهب هو الى الناس من خلال ممارسته لنشاطاته فى أهم مورد من موارد المعاملات وهو المال•

وهذا يفرض بالضرورة على البنك الاسلامى أن يكون أهلا لذلك بكل ما يقتضيه توافر تلك الأهلية من شرائط ومواصفات •

ومن ناحية أخرى فانه ولا شك أن فوائض التوازن تكون رأس مال لا بأس به يمكنه الاندفاع والانطلاق فى العمل فى المجتمع طبقا لأحكام الشريعة ومقاصدها الأساسية وبخاصة فى البيئات أو المجتمعات التى لا تنهمر فيها على البنك الاسلامى أموال المودعين لضعف الوازع الدينى مثلا أو لقلة عدد المسلمين فيها أو لعدم الايمان برسالة البنك الاسلامى أو لجهل الناس بتلك الرسالة لسبب أو لآخر ، ومثل هذه البيئات والمجتمعات موجودة ولا يمكن تجاهلها أو اسقاطها من الحساب بل لعلها تحتاج الى المزيد من الرعاية والاهتمام لشدة حاجتها أكثر من غيرها •

(هـ) توظيفها فى أوجه استثمار انمائية على مستوى الفرد والدولة :

صدق عمر حين قال : « ان السماء لا تمطر ذهبا ولا فضة » .

وهنا يجب تحديد معنى الاستثمار والتنمية[1] .

فكلا الأمرين متلازمين فلا تنمية بغير استثمار ولا قيمة للاستثمار بغير تنمية .

وهذه هى مشكلة ما يسمى بالعالم الثالث كله ، مشكلة الفقر والفاقة والعجز بل والكسل .

وبنظر متأن ـ بل بانعام النظر ـ نستبين أن المشكلة الحقيقية ليست هى الفقر بل هى العجز والكسل ، وكلاهما لا بد له من مفجر للطاقة ومحرك للجهد الكامن ، انها العقيدة التى توضح للناس الطريق ولكن أكثر الناس لا يعلمون !

لقد جاء محمد صلى الله عليه وسلم وقلب القواعد الاقتصادية رأسا على عقب :

ـ فلا ربا ، وأول ربا بدأ به ربا عمه العباس .

ـ ولا نجش .

ـ ولا تلقى للركبان .

ـ ولا بيع الحاضر للبادى .

ـ ولا خلابة .

ـ ولا عينة ... الخ .

وما زالت هذه البيوع كلها تمارس فى الأسواق ، فبيع العينة موجود وتلقى الركبان موجود وبيع النجش موجود والخلابة كذلك وبيع الحاضر للبادى ، ولكن اتخذت هذه البيوع أشكالا أخر فقط

---

(١) انظر موسوعة الاستثمار فى البنوك الاسلامية ـ من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

فمثلا : تلقى الركبان يحدث ولكن بصورة أوسع وعلى نطاق واسع • وبيع الحاضر للبادى بالنظر الى الدول المتقدمة والدول المتخلفة شهر نوع من بيع الحاضر للبادى ••• وهكذا •

المهم فى كل ذلك أن تطبيق أحكام التشريع الاسلامى ككل غير منجمة ولا مجزأة ولا أن يؤخذ بعضها ويترك البعض لأنها نظام متكامل تترتب عليه نتائج متكاملة ولأنها نظام تتمم أجزاؤه بعضها بعضا • وهنا تتجلى عظمة هذا التشريع وتميزه وتفوقه فما زال البعض يزعم أن بعض الأحكام مأخوذ من الأنظمة والشرائع البشرية الأخرى ولكن بافتراض صحة ذلك ـ فرضا جدليا ـ

تتساءل : هل تحدث تلك القواعد الجزئية الفرعية النتائج الكليه الهائلة لنظام بأكمله تتكامل أجزاؤه وتترابط على نحو يبرز لنا التشريع الاسلامى كحضارة ونظام عالمى اسلامى •

لا شك أن ذلك أكبر دليل عملى للرد على كل من يزعم أن هناك بعض القواعد أو الجزئيات المأخوذة من الأنظمة والشرائع الأخرى •

ولا يحتج محتج بأن شرع من قبلنا مصدر من مصادر التشريع لأن الرد سهل ميسور هو أن شرع من قبلنا لا يصير شرعا لنا الا اذا أقرته الشريعة الغراء ومن ثم يصبح بمقتضى قواعد وأصول التشريع الاسلامى شرعا لنا أى أنه لا يبقى على أصله بل تجيزه لنا شريعة الاسلام ، ومن ثم يصبح ذو صبغة اسلامية محضة •

والمقصود بالاستثمار والتنمية على المستوين الفردى والجماعى أن هناك أوجه استثمار تتصل اتصالا مباشرا بمصلحة الفرد وتتعلق بتأمين الحاجات الأساسية له من مأكل ومسكن وملبس •• وهناك أوجه استثمار تتصل اتصالا مباشرا بالجماعة كالتعليم العام والصحة العامة والأمن العام وغيرها من المرافق العامة كالمواصلات بأنواعها المختلفة بريدية وسلكية ولاسلكية ووسائل الانتقال بأنواعها المتعددة برية وجوية وبحرية وفضائية •

(و) طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ـ وهنا تكمن المشكلة الحقيقية للنظام المصرفى الاسلامى :

فالمسألة لا يكتفى ولا يجب أن نكتفى فيها بالقول طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، وفى تقديرى أن هذه المسألة ترتكز على الأمور التالية :

١ ـ فى أى ناحية تطبق الشريعة فى المصارف الاسلامية :

ـ من حيث التكوين والتأسيس والتنظيم[١] .

ـ من حيث الطاقة البشرية العاملة[٢] .

ـ من حيث الممارسة الفعلية لنشاطات البنك ويجب أن تتسم بسمتين هما :

(أ) السلوك الشخصى فى التعامل وفى المظهر .

(ب) الأداء للعمل المنوط بالفرد[٣] .

٢ ـ المتابعة والرقابة :

استنادا الى قوله تعالى : ﴿ **وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون** ﴾(٤) .

وقوله تعالى : ﴿ **فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره . ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره** ﴾(٥) .

---

(١) انظر موسوعة التنظيم ـ من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

(٢) انظر موسوعة الموارد البشرية ـ من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

(٣) انظر العمل والعمال فى الفقه الاسلامى ـ رسالة دكتوراه للدكتور عدنان التركمانى من كلية الشريعة ـ جامعة الأزهر .

(٤) التوبة : ١٠٥ (٥) الزلزلة : ٧ ، ٨

وقوله تعالى : **« عن اليمين وعن الشمال قعيد . ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد »**(١) .

ولكن كيف نكفلها وما هى الضمانات الكفيلة باستمرارها وفعاليتها، وفى تقديرى يلزم اشتراك كل من :

(أ) هيئات الرقابة الشرعية الداخلية فى البنوك الاسلامية .

(ب) هيئات الرقابة الشرعية الخارجيـــة ممثلة فى الهيئة العليـــا للفتوى والرقابة الشرعية للبنوك الاسلامية .

(جـ) هيئات الرقابة الشرعية العامة ممثلة فى جهات الافتاء الرسمية والمؤتمرات الاســـلامية .

وأفضل اســـتعمال اصطلاح « هيئات الفتوى والمتابعة الشرعية » اذ أن كلمة « رقابة » قد تشعر أن البنك محل شك أو أنه متهم بالمخالفة ابتداء .

٣ ـ كيفية الهيمنة أو الرقابة على البنوك الاســـلامية التى توجـــد فى دولة مـــا :

الخطير فى الأمر أنه قد تتعدد البنوك الاسلامية فى البلد الواحد وتتعدد بالتالى ممارستها ، وليس هـــذا هو مكمن الخطر ، بل ان الخطر يكمن فى تضـــارب تطبيقـــاتها للحلول الشرعية ويصير كل حزب بما لديهم فرحون ، وهذا أمر يجب التنبيه اليه من الآن والعمـــل الدؤوب على أن توجد له الحلول العملية ، ومن أوجه الحلول التى نقترحها :

(أ) العمل على بعث الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية ليقوم بدور المنســـق والمؤلف بين البنوك الاســـلامية اذا خلصت النيـــة وصـــدق العمل نحو منهج اقتصادى اسلامى متميز .

---

(١) سورة ق : ١٧ ، ١٨

(ب) أن يلجأ المودعون فى البنـوك الاسـلامية الى تكوين لجنة متابعة دائمـة ورقابة ممن يجدون فى أنفسـهم الكفاءة لذلك وتتوافر فيهم مواصفات متابعة اداريات وفنيات العمل ، ويكون من حق لجنة المتابعة والرقابة طلب دعوة الجمعية العمومية للانعقاد فى دورة غير عادية اذا رأت ما يستوجب ذلك ويستلزمه .

وهذه اللجنة التى يختارها المودعون تكون بمثابة ممثلين دائمين لهم تتابع ما يجرى فى البنك أولا بأول باعتبار أنهم أصحاب مصلحة حقيقية فى استمرار وفاعلية نشاطات البنك ، كما أنهم أصحاب مصلحة حقيقية فى أن تكون أموالهم وما تدره من عائد فى دائرة الحلال اذ غالبا ما يفوق حجم ودائعهم أضعاف حجم أموال المساهمين ــ أى أصحاب رأس المال .

(جـ) ونقترح أن يكون من بين أعضاء مجلس الادارة ممثل للحكومة وليكن من وزارة المـالية والبنك المركزى ليراعى مراعاة البنك للأنظمـة المطبقة فيما لا يتعارض مع قواعد البنك وأهدافه ، ولا يتعارض ذلك مع ما سـبق أن قلنـاه من أن تلك البنـوك الاسـلامية من الممكن أن تنشـأ بعيدا عن الاجراءات الحكومية ، فالبنوك التى نقصدها فى الحالة الأولى هى البنوك الأهلية الخاصة على مستوى محدود بين جماعة أو فئة تجمعهم روابط واحـدة كأهل صناعة أو مهنة أو حرفة أو تجمعهم مصلحة واحدة أو أهل بلد واحد .

أما البنوك الأخرى ــ التى يكون للحكومة ممثل فيها ــ فهى تلك التى تكون على نطاق الاكتتاب العام برأسمال ضخم ونشاطات متنوعة ومتعددة تصل الى مستوى الجماعة ككل أو الدولة .

* * *

المبحث الثانى

المقصود بهيئة الفتوى والمتابعة الشرعية وتشكيلها

أولا ـ المقصود بهيئة الرقابة الشرعية وهدف البنك الاسلامى :

أتناول الحديث عن « هيئة الرقابة الشرعية » من خمس نواح هى :

١ ـ معنى « هيئة الرقابة الشرعية » وماهيتها •
٢ ـ مشروعيتها •
٣ ـ اختصاصاتها •
٤ ـ تكوينها أو تشكيلها •
٥ ـ ضمانات فعاليتها •

● معنى « هيئة الرقابة الشرعية » أو ماهيتها :

هذه الهيئة ـ كما سبق القول ـ جهاز مستحدث فى كيان البنك الاسلامى وتنظيماته الأساسية ومن ثم فهى :

« أحد أجهزة البنك الاسلامى المستحدثة لمعاونته فى تحقيق أهدافه » وكى نلقى مزيدا من الضوء على أهمية هذه الهيئة ، نحاول توضيح هدف البنك الاسلامى بشىء من الايجاز الشديد فنقول :

● هدف البنك الاسلامى :

ان هدف البنك الاسلامى يتمثل فى « تحريك الطاقات الكامنة فى المجتمع والوصول بها الى أقصى انتاجية ممكنة » بما يكفل التغيير المنشود فى الشرع •

ولا شك أن تحريك الطاقات الكامنة فى المجتمع أيا كان نوع هذه الطاقات أى سـواء أكانت بشرية أو مادية أو غيرها فانه ـ أى تحريك للطاقات ـ نوع من التغيير فى المجتمع والذى تنشـده البنوك الاسلامية كهدف كبير من أهداف الشرع الاسلامى[1] .

واذا كانت هذه الهيئة تواكب البنك فى مهامه وتعاونه فى تحقيق أهدافه فان دورها وبلا أدنى شـك لا يقتصر على المراقبـة أو الرقابة وانما يكون دورها أهم من ذلك وأعم ، ومن هنا أيضا نفضل تسميتها هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية[2] . فاذا اقتصرت الهيئة على دور الرقيب أو الرقابة فى أدائها لدورها المنشـود فانها تكون قد تخلت عن وظيفتها الأساسية فى الفتوى ابتداءا ، ثم متابعـة التنفيذ وما قـد يصاحبه من مشاكل عملية فقهية ، ثم الهيمنة والرقابة .. فالرقابة أو المراقبة من الرؤية اللاحقة للعمل ثانيا ، والتطبيق أولا ، والتنفيذ ثالثا أخذا من قوله تعالى: ﴿ وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون ﴾(٣) .

ولهذا أيضا نقول : انه لا بد من تواجـد الهيئة فى مجلس الادارة وليس هناك مبرر واحـد لاستبعادها من المجلس اذ لا تضـارب فى المسـئولية من المشاركة فى اصدار القرار ثم ابداء الرأى الشرعى فيه وانزال الحكم الشرعى عليـه حين عرضـه على الهيئة مكتملة ومجتمعة اذ ليس هناك ما يمنع من وجـود ضمانة شرعية على درجتين فضـلا عن اكتمال المشاركة الشرعية السابقة لصدور القرار .

انطلاقا من مفهومنا للبنك الاسلامى على النحو الفائت فان الهيئة المستحدثة فى تكوينه تقدم له الحلول الشرعية فى ممارساته ونشاطاته العملية بما يضفى عليها صـفة الشرعية ويؤمنها من الوقوع فى الحرام أو الاقتراب منه وهى دائرة المكروه أو شـبه الحرام .

---

(١) انظر ما سبق ، ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، فيما يتعلق برسالة البنك الاسلامى فى مجال عمله .

(٢) انظر ما تقدم ص ١٣٦ (٣) التـوبة : ١٠٥

وتأسيسا على ذلك تكون هذه الهيئة هى هيئة « للفتوى » .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان الهيئة لا يقتصر دورها على اصدار الفتاوى للبنك وانما معاونته فى تحقيق هدفه الذى ألمعنا اليه ومن ثم فان تحقيق هذا الهدف يستوجب متابعة الهيئة لفتاواها لترى دقة تنفيذها وتطبيقها على الوجه السليم وبخاصة أن هناك العديد من المشاكل التى تثور عند التنفيذ ، وهنا ننبه الى قول ابن قيم الجوزية[1] : « انه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له » .

فكما يقول ابن القيم : « المفتى محتاج الى قوة فى العلم وقوة فى التنفيذ »[2] .

وكما يقول الامام أحمد بن حنبل : « أن تتحقق له الكفايه والا مضغه الناس » .

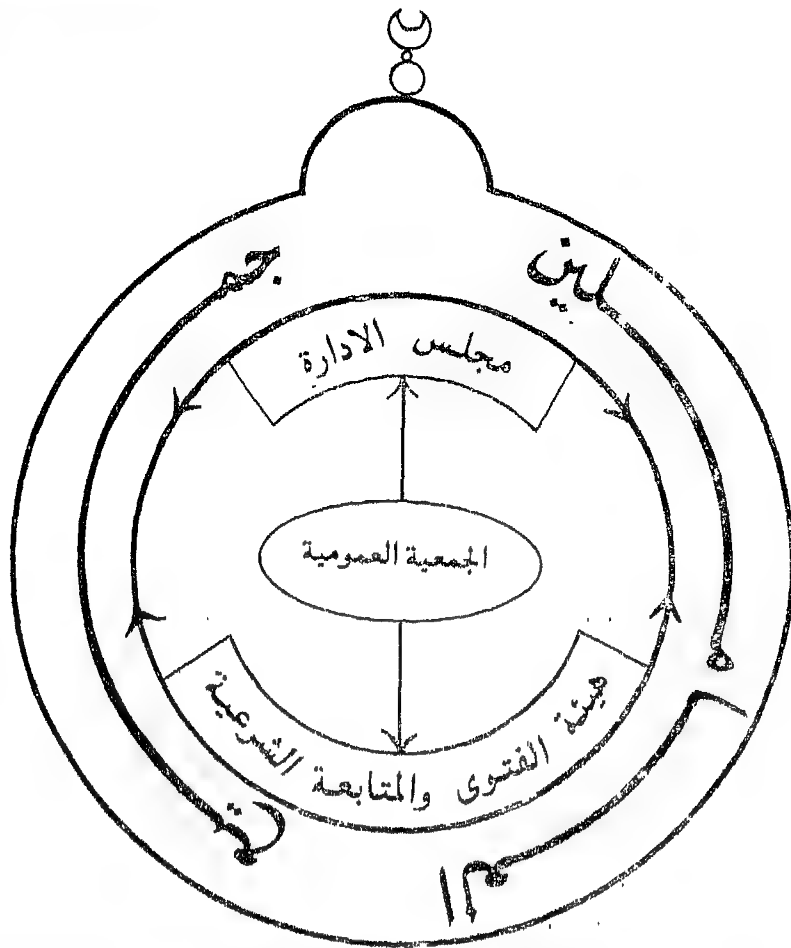
كما لا يقتصر دور الهيئة فى المتابعة على هذا الشق الخاص بفتاواها وانما يمتد ليشمل أدائها لدورها فى عملية تحريك الطاقات الكامنة فى المجتمع والتى هى نوع من « التغيير » الحاصل فى المجتمع بكل ما يعنيه هذا التغيير ، ابتداء من تطهير عقلية الفرد مما علق بها أو داخلها من أفكار غير صحيحة ، وانتهاء بطبع الأفراد على تصرفات وسلوكيات وأخلاقيات فاضلة ، ولا شك أن هذا يساعد البنك الاسلامى كثيرا — وكما يجب أن يكون — فى أدائه لرسالته وتحقيق هدفه المنشود .

وسأوضح موقع هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية ضمن تنظيمات البنك الاسلامى كما أتصورها فى الرسم المرفق .

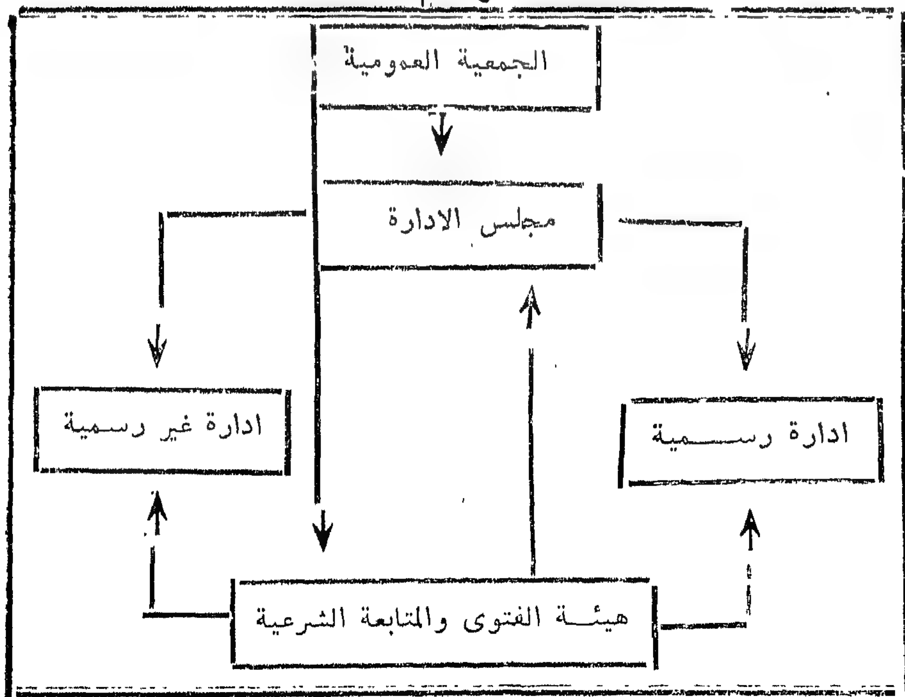
---

(١) اعلام الموقعين ، ج ٤ ، ص ٢٠٤

(٢) المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ١١٩



شكل رقم (١)



شكل رقم (٢)

ثانيا ــ مشروعية هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية (أساس وجودها) :

تستمد هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية مشروعيتها وسبب وجودها فى نظرنا من ثلاثة أوجه هى :

(أ) النظام الأساسى للبنك الاسلامى :

فالنظام الأساسى الصادر بانشاء البنك يتضمن نصا خاصا بالهيئة الشرعية ينظم ــ عادة ــ طريقة عملها وكيفية تشكيلها .

ويأتى ذلك النص فى الغالب استنادا الى النص الخاص بتحريم التعامل بالربا أو الفائدة أخذا أو اعطاء أو النص الخاص بالتزام البنك بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية .

(ب) تستمد الهيئة مشروعيتها من مباشرتها لاختصاصاتها :

فاذا باشرت الهيئة اختصاصاتها وأدت عملها على النحو الذى يتلاءم ونشاط البنك ويحقق الأهداف التى ينشدها ويصبو اليها على نحو ما ألمحنا ، اذا قامت الهيئة بذلك أكدت مشروعيتها واذا تقاعست أو قصرت فقدت مشروعيتها ومبرر وجودها .

(جـ) تستمد الهيئة مشروعيتها من مجرد التفكير فى انشاء البنك الاسلامى . وذلك كى ترعى خطوات انشاء البنك وتراجع أولا بأول اجراءات قيام ذلك الكيان الجديد وتدعو اليه بين الناس وتضفى الشرعية على قيامه .

* * *

ثالثا ــ اختصاصات هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية :

ينبغى أن تكون اختصاصات الهيئة متلائمة مع مسئوليتها وعلى قدر تلك المسئولية فى ضوء كونها أحد أجهزة البنك المعاونة له فى تحقيق أهدافه ومن ثم لا يهمنا أن نسرد قائمة من الاختصاصات بقدر ما يهمنا أن نوضح أساس تلك الاختصاصات المستمدة من موقعها ووصفها داخل الهيكل التنظيمى للبنك ، ومن ثم نكتفى بذكر أهم اختصاصين لها وهما :

(أ) ابداء الرأى الشرعى فيما يستوجب ذلك من معاملات البنك دون توقف أو انتظار لعرض أو طلب ، أى القيام بولاية الافتاء فى البنك .

وهذا يحقق فى نظرنا فاعلية الهيئة وتفاعلها مع كل أجهزة البنك ونشاطاته ووقوفها على كل ما يجرى فيه لا أن تنتظر حتى تعرض عليها المعاملة اذا رأت ادارة البنك ذلك .

لذلك أسميناها هيئة الفتوى لا هيئة الرقابة لأن الفتيا هى جوهر عملها وأصل وجودها .

(ب) متابعة تنفيذ وتطبيق ما تصدره من فتاوى وآراء شرعية وذلك تداركا لما قد يواجه التطبيق والتنفيذ من مشكلات عملية تستوجب بيان وجه الشرع فيها[1] .

هذا من ناحية المعنى الضيق للمتابعة أما المتابعة بالمعنى العام والهام فانها تواكب البنك منذ بدء التفكير فيه وتمتد معه نحو تحقيق أهدافه .

* * *

رابعا ـ تكوين الهيئة وكيفية تشكيلها :

يتضح لنا مما تقدم أن الهيئة تمر بمرحلتين : مرحلة ما قبل اصدار النظام الأساسى ومرحلة ما بعد ذلك .

ولا شك أن لكل من المرحلتين ظروف ومتطلبات ، وسأكتفى بمرحلة ما بعد صدور النظام الأساسى للبنك وما يجب أن تكون عليه الهيئة مكتفيا بالحد الأدنى من القول :

(أ) ألا يقل عدد أعضاء الهيئة عن ثلاثة[2] ، ومبررات ذلك هى :

---

(١) انظر ما سيأتى ص ١٤٥ ، مسألة أن الاجتهاد قسمان : أحدهما خاص باستنباط الأحكام والآخر خاص بتطبيقها ، وانظر قول ابن القيم « فالمفتى محتاج الى قوة فى العلم وقوة فى التنفيذ » ص ١٥٣

(٢) ولقد استلهمت العدد من قوله تعالى : ﴿ **واضرب لهم مثلا أصحاب القرية اذ جاءها المرسلون . اذ أرسلنا اليهم اثنين فكذبوهما فعززنا بثالث فقالوا انا اليكم مرسلون** ﴾ (يس : ١٣ ، ١٤) .

كى يكون كل منهم عونا للبـاقين على أداء مهمتها التى لا نقف عند ابداء الرأى الشرعى فيما يعرض عليها(١) ولكى تتاح لهم فرصـة المشـورة (٢) .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان تشـكيلها من ثلاثة أعضـا يكفل عدم التواطؤ .. لا قدر الله .

وبذلك تكمن مبررات تشكيل الهيئة من ثلاثة أعضـاء على الأقل يراعى فيهم تكامل المعرفة بالفقه والقانون والمصـارف فى اعتبـارات ثلاثة وهى :

ـ اعتبارات ادارية أى أن تكوين الهيئة من ثلاثة أعضـاء يتيح الترجيح فى الآراء بالأغلبيـة .

ـ اعتبارات مسلكية تتمثل فى انتفاء الشبهة ومنع التقول من نحو تواطؤ وغيره .

ـ اعتبارات فنية فمسائل المعاملات اجتهادية وأحكامها ظنية تتسع لوجهات النظر المتعددة ولا أدل على ذلك من سرد تلك القصة :

روى الطبرانى فى الأوسط :

أن عبد الوارث بن سعيد قال : قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة .

فسألت أبا حنيفة : ما تقول فى رجل باع بيعـا وشرط شرطا ؟

قال : البيع باطل والشرط باطل .

ثم سألت ابن أبى ليلى ..

---

(١) فى ضـوء ذلك راجع ملاحـق البحث المتعلقـة بنظم وقوانين البنوك الاسلامية ص ١٥٧

(٢) انظر ما سـيأتى ص ٢٣٦ مسـالة : ينبغى للمفتى أن يشـاور من يثـق به .

فقال : البيع جائز والشرط باطل .

ثم سألت ابن شبرمة ..

فقال : البيع جائز والشرط جائز .

فقلت : يا سبحان الله ، ثلاثة من فقهاء الكوفة اختلفوا على .

فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال : لا أدرى ما قالا ، حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وشرط » البيع باطل والشرط باطل .

ثم أتيت ابن أبى ليلى فأخبرته فقال : لا أدرى ما قالا ، حدثنى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة ، أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن أشترى بريرة فأعتقها » البيع جائز والشرط باطل .

ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال : لا أدرى ما قالا : حدثنى (مسعر بن كدام عن) محارب بن دثار عن أبى اليزيد عن جابر بن عبد الله الأنصارى ، بعت النبى صلى الله عليه وسلم ناقة وشرطت حملانا الى المدينة . البيع جائز والشرط جائز[1] .

(ب) أن يكون كل عضو من أعضائها فقيها وتتوافر فيه الحد الأدنى من شروط المجتهد وهى كثيرة مبسوطة فى كتب الأصول نوجزها فيما يلى :

١ ــ الفقــــه :

● **الفقــه فى اللغــة :** الفهم ، أو هو معرفة باطن الشيء والوصول الى أعماقه فهى أخص من مطلق الفهم[2] ، وقيل : هو العلم .

---

(١) الامام السرخسى (٤٣٨ هـ) ، ناقش الحكاية التى أوردتها كتب الفقه وتناقلها المحدثون وانتصر لما استدل به أبو حنيفة وصح عنده ورد على مخالفيه من الأئمة ــ المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٣ ــ ١٥ ــ أورد مثل السرخسى فتح القدير ج ٥ ص ٢١٤ ــ د. حسن الشاذلى ــ نظرية الشرط ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) انظر مفردات الراغب الأصفهانى .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية : الفهم أخص من العلم والحكم[١] لقوله تعالى : ﴿ ففهمناها سليمان ، وكلا آتينا حكما وعلما ﴾[٢] .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « رب مبلغ أوعى من سامع » .

وقال الآمدى : « والأشبه أن الفهم مغاير للعلم ، اذ الفهم عبارة عن جودة الذهن من جهة تهيئته لاقتناص كل ما يرد عليه من المطالب وان لم يكن المتصف به عالما كالعامى الفطن ، وأما العلم فالمختار فى تعريفه أن يقال : العلم عبارة عن صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التمييز بين حقائق المعانى الكلية حصولا لا يتطرق اليه احتمال نقيضه وعلى هذا فكل عالم فهم وليس كل فهم عالم »[٣] .

واذ كان الفقه يطلق على ما هو أخص من مطلق الفهم ومن العلم ، فبقيامه على العلم نفسر الخصوصية هنا بأنها « العمل » لما قاله أبو عبد الرحمن السلمى : حدثنا عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وغيرهما أنهم كانوا اذا تعلموا من النبى صلى الله عليه وسلم عشر آيات لم يجاوزوها حتى يتعلموا ما فيها من **العلم والعمل** . قالوا : فتعلمنا القرآن والعلم والعمل[٤] .

● **الفقه فى اصطلاح الفقهاء(٥)** : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية . المراد بالعلم مطلق الادراك الشامل للظن واليقين لأن أكثر مسائل الفقه ظنية .

و « الأحكام » جمع حكم ، ويراد به هنا اثبات أمر لأمر أو نفيه عنه . و « الشرعية » أى المنسوبة الى الشرع اما مباشرة أو بواسطة الاجتهاد

---

(١) الرسائل الكبرى ج ١ ص ٣١
(٢) الأنبياء : ٧٩
(٣) الأحكام ج ١ ص ٤ ، ارشاد الفحول للشوكانى ص ٤
(٤) انظر الرسائل الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٣٢
(٥) أصول الفقه الاسلامى ــ محمد مصطفى شلبى ج ١ ص ١٧ ، وما بعدها ــ الطبعة الثالثة ــ دار النهضة العربية .

لأن الشرع مصدرها . و « العملية » المتعلقة بأفعال المكلفين[1] كالصلاة والصيام والبيع والاجارة والربا والرهن وغيرها .

ويلاحظ أن تخصيص الفقـه بالعلم بالأحكام الشرعية العملية اصطلاح متأخر فقد كان الفقه يطلق على ما يشتمل العلم بجميع الأحكام الشرعية ولذلك عرفه الامام أبو حنيفة « بأنه معرفة النفس ما لها وما عليها » أى كل ما لهـا مما ينفعها وكل ما عليها مما يضرها »[2] .

« المكتسب » قيد للعلم ، أى الحاصل للفقيه باجتهاده .

من « الأدلة التفصيلية » ليخرج علم المقلد والأدلة التفصيلية هى الجزئية التى تتعلق بالمسائل الجزئية فيدل كل واحد منها على حكم جزئى لأن بحث الفقيه فى الجزئيات فغرضه الوصـول الى الأحكام الجزئية كجواز فعل معين أو حرمته أو صحة هذا العقد أو عدم صحته والأحكام الجزئية تؤخذ من الأدلة التفصيلية .

وكما يطلق الفقه على العلم بالأحكام الشرعية ... الخ يطلق أيضا على نفس الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية .

٢ ـ والفقيـــه هو :

العالم بهذه الأحكام المستنبط لها ، والفقيه الذى ينظر فى الأدلة التفصيلية لا يستطيع أن يأخذ الحكم من الدليل الجزئى قبل أن يعرف حكم الكلى الذى يندرج تحته الجزئى .

فالأمر بالوفاء بالعقود الثابت بقوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود** ﴾[3] . لا يعلم منـه وجوب الوفاء بالعقود الا اذا كان معلوما لدى الفقيه أولا أن الأمر الكلى يفيد الوجوب .

---

(١) انظر فى معنى افعال المكلفين بحثنا فى الحلال والحرام فى المعاملات مسألة الحكم فى اصطلاح الاصوليين .

(٢) مباحث الحكم عند الأصوليين ـ محمد سلام مدكور ـ المدخل للفقه الاسلامى ـ محمد سلام مدكور .

(٣) المائدة : ١

فيقول مثلا : قوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** ﴾ .

أمر مطلق ، والأمر المطلق يفيد الوجوب فيفيد قوله تعالى الوجوب ويكون الوفاء بالعقود واجب على المتعاقدين وهذا هو الحكم الشرعى الذى يبحث عنه وهكذا .

فالفقيه يبحث عن أفعال المكلفين ليستنبط لكل فعل حكما شرعيا من دليل جزئى ثم يثبته له مستعينا فى ذلك بقواعد الأصول .

ومن ثم فالفقيه هو الذى يستنبط الأحكام الجزئية من النصوص والأمارات التى نصبها الشارع للدلالة على الأحكام ويثبتها لأفعال المكلفين ولكنه يستنبط تلك الأحكام من الأدلة التفصيلية مثل قوله تعالى: ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾(١) .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا فهى له » . فعمل الفقيه فى الجزئيات من أدلة وأحكام .

وعلى ذلك يشترط فى الفقيه أن يكون من أهل الاجتهاد .

٣ ـ الاجتهاد فى الاصطلاح :

هو بذل الفقيه وسعه فى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، ويقول فى النهاية : هذا حكم الشارع فى ظنى(٢) .

وفى اصطلاح بعض علماء الأصول(٣) : استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع اما فى استنباط الأحكام الشرعية واما فى تطبيقها .

والاجتهاد بناء على هذا التعريف قسمان :

---

(١) البقرة : ٢٧٥
(٢) محمد أبو زهرة ـ أصول الفقه ص ٣٧٩
(٣) محمد مصطفى شلبى ـ المرجع السابق ص ١٨ هامش ، الشاطبى فى الموافقات ج ٣ ص ٨ وما بعدها .

أحدهما : خاص باستنباط الأحكام وبيانها ٠

والثانى : خاص بتطبيقها ٠

والأول : هو الاجتهاد الكامل والخاص بطائفة العلماء الذين اتجهوا الى تعرف أحكام الفروع العملية من أدلتها التفصيلية ٠

القسم الثانى : هم علماء التخريج وتطبيق العلل المستنبطة على الأفعال الجزئية ومن ثم فهم يطبقون ما استنبطه السابقون وهو ما يسمى بتحقيق المناط ٠

وبهذا التطبيق تتبين أحكام المسائل التى لم يعرف لأصحاب المرتبة الأولى رأى فيها ٠

* * *

خامسا ـ شروط المجتهد :

ويشترط فى المجتهد المستنبط للأحكام الشرعية شروط أهمها :

(أ) العلم باللغة العربية :

اتفق الأصوليون على ضرورة أن يكون المجتهد على علم باللغة العربية لأن الشريعة المباركة عربية وفى ذلك يقول الله تعالى : **« قرآنا عربيا غير ذى عوج لعلهم يتقون »(١)** ٠

ويقول سبحانه : **« وكذلك أوحينا اليك قرآنا عربيا لتنذر أم القرى ومن حولها وتنذر يوم الجمع لا ريب فيه ، فريق فى الجنة وفريق فى السعير ٠ ولو شاء الله لجعلهم أمة واحدة ولكن يدخل من يشاء فى رحمته ، والظالمون ما لهم من ولى ولا نصير »(٢)** ٠

واذا كانت الشريعة كذلك فلا يفهمها حق الفهم الا من فهم اللغة العربية حق الفهم لأنهما سيان فى النمط ما عدا وجوه الاعجاز ، أى ما ورد فى الشريعة من الكتاب والسنة وما ورد من كلام العرب من نمط

---

(١) الزمر : ٢٨ (٢) الشورى : ٧ ، ٨

واحد وطريق واحد سوى ما اختصا به من المزايا التى ترتفع بها درجة الكلام فى الحسن والقبول ، فالقرآن انفرد عن سائر كلام العرب بمزايا جعلته معجزا للبشر عن الاتيان بسورة منه ، والحديث امتاز بما جعله يفوق غيره من كلامهم وان لم يبلغ درجة الاعجاز .

والمراد بالعلم بالعربية جملة علم اللسان من الفاظ أو معانى[1] . ويذهب الكثيرون من الأصوليين الى أنه يكفى أن يحصل من العربية ما تتيسر به معرفة ما يتعلق بالكتاب والسنة .

وقد قال الغزالى فى هذا الشرط :

« انه القدر الذى يفهم به خطاب العرب وعاداتهم فى الاستعمال حتى يميز صريح الكلام وظاهره ومجمله ، وحقيقته ومجازه ، وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ، ونصه وفحواه ، ولحنه ومفهومه وهذا لا يحصل الا لمن بلغ فى العربية درجة الاجتهاد » .

فلم يشترط العلم بجميع اللغة والتعمق فى النحو لأن العربى لا يعرف جميع اللغة العربية .

ولذلك يشترط الشاطبى هنا أن يساوى العربى فى فهم اللغة ويكون المقصود تحرير الفهم حتى يضاهى العربى فى ذلك المقدار وليس من شرط العربى أن يعرف جميع اللغة ولا أن يستعمل الدقائق فكذلك المجتهد فى العربية فكذلك المجتهد فى الشريعة[2] .

وانه على قدر فهم الفقيه لأسرار البيان ودقائقه تكون قدرته على استنباط الأحكام من النصوص الفقهية .

(ب) العلم بالقرآن وناسخه ومنسوخه :

والقرآن هو كلام الله المنزل على خاتم الأنبياء باللفظ العربى المتعبد بتلاوته المكتوب فى المصاحف المنقول الينا متواترا .

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ٤ ص ١١٤
(٢) المرجع السابق ص ١١٦ ، ١١٧

وفى ذلك يقول الشاطبى[1] : الشريعة كلها ترجع الى قول واحد فى فرعها وإن كثر الخلاف كما أنهـا فى أصولها كذلك ولا يصلح فيهـا غير ذلك وانها على مأخذ وقول واحـد ـ قال المزنى صاحب الشافعى : « ذم الله الاختلاف وأمر عنده بالرجوع الى الكتاب والسنة » .

ولذلك يقول العلماء : ان المجتهد يجب أن يكون عالمـا بدقائق آيات الأحكام فى القرآن وهى نحو خمسمائة آية من كتـاب الله تعـالى والتخصيصات التى وردت عليها من السنة .

ولمـا كان عامة أهل الشريعة أثبتوا فى القرآن والسـنة الناسخ والمنسوخ على الجملة وحذروا من الجهل به والخطأ فيه .

ومعلوم أن الناسخ والمنسوخ انما هو فيما بين دليلين يتعارضان بحيث لا يصح اجتماعهما بحال والا لمـا كان أحدهما ناسخا والآخر منسـوخا .

ومن ثم فانه يجب على المجتهد أن يكون عالمـا بما نسخت أحكامه منها كما يجب أن يكون عالمـا على الجملة بما عدا ذلك مما اشتمل عليه القرآن الكريم[2] .

وقد تصدى بعض العلماء لدراسة الأحكام القرآنية كأبى بكر الرازى الشهير بالجصاص (المتوفى ٣٧٠ هـ) وكأبى عبد الله القرطبى فى كتابه « أحكام القرآن » وغيرهما .

(ب) العـلم بالسـنة :

يطلق لفظ السـنة على ما جاء منقولا عن النبى صلى الله عليه وسلم على الخصوص مما لم ينص عليه فى الكتاب العزيز ، بل انما نص عليه

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ١٢٠

(٢) شرح الاسنوى لمنهاج الأصول جـ ٣ ص ٣٠٨ ، على هامش شرح التحرير المشار اليه فى أصول الفقه لمحمد ابو زهرة ص ٣٨١

من جهته عليه الصلاة والسلام كان بيانا لما فى الكتاب أولا فالسنة راجعة فى معناها الى الكتاب فهى تفصيل ما أجمله وبيان مشكله وبسط مختصره (١) .

ويطلق الحديث اصطلاحا على ما أضيف الى النبى صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو صفة(٢) .

ويجب أن يكون المجتهد عالما بالسنة فى كل الموضوعات التى يتصدى لدراستها عند من يقول ان الاجتهاد يقبل التجزئة .

ويجب أن يعرف الناسخ والمنسوخ والعام منها والخاص والمطلق والمقيد كما لا بد أن يعرف طرق الرواية واسناد الأحاديث وقوة الرواة ولكنه يجب أن يدرس السنة بشكل عام وأن يدرس أحاديث الأحكام دراسة خاصة عميقة(٣) فلقد اتفقت كلمة جماهير العلماء على ان ما صدر من رسول الله صلى الله عليه وسلم متعلقا بالتشريع مصدر من مصادر الأحكام يجب على المجتهد أن يلجأ اليه عند الاستنباط وأنها كالقرآن الكريم فى تحليل الحلال وتحريم الحرام .

(د) معرفة مواضع الاجماع ومواضع الخلاف :

ان معرفة مواطن الاجماع شرط بالاتفاق كأصول الفرائض والمواريث والمحرمات ، والمراد أن يكون على علم بمواضع الاجماع فى كل مسألة يتصدى لبحثها ان كان ثمة اجماع وموضع الخلاف ان وجد ، ومن الأمثلة على مواضع الاجماع ما يأتى :

١ ــ للجدة وللجدات السدس .

٢ ــ لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج المسلمة .

---

(١) الشاطبى فى الموافقات جـ ٤ ص ٣ ، ١٢ ، أصول الفقه ــ مصطفى شلبى ص ١٠٨

(٢) تيسير مصطلح الحديث للدكتور محمود الطحان ص ١٤ ــ الطبعة الثانية ــ مطبعة دار القرآن الكريم .

(٣) محمد أبو زهرة ــ أصول الفقه ص ٣٨٣

٣ ــ لا يجوز تزوج الأخت فى عدة أختها •

٤ ــ تحريم شحم الخنزير •

٥ ــ زيادة الآذان يوم الجمعة •

٦ ــ جمع المصحف فى عهد أبى بكر •

٧ ــ تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها •

ويجب أيضا أن يكون على علم باختلاف الفقهاء فيعرف اختلاف فقه المدينة ومنهاجه عن فقه العراق ومنهاجه •

وفى هذا الصدد قال الشافعى فى الرسالة :

« لا يمتنع من الاستماع ممن خالفه لأنه قد يتنبه بالاستماع لترك الفعل ويزداد به تثبيتا فيما اعتقد من الصواب وعليه فى ذلك بلوغ غاية جهده، والانصاف من نفسه حتى يعرف من أين قال ما يقول وترك ما يترك وما لا يكون بما قال أعنى منه بما خالف حتى يعرف فضل ما يصير اليه على ما يترك ان شاء الله »[1] •

(هـ) معرفة القياس :

وفى ذلك يقول الاسنوى[2] : « لا بد للمجتهد أن يعرف القياس وشرائطه المعتبرة لأنه قاعدة الاجتهاد والموصل الى تفاصيل الأحكام التى لا حصر لها » •

والقياس هو : الحاق واقعة لم يرد فى حكمها نص ولا اجماع بواقعة أخرى ثبت حكمها بأحدهما لاشتراكهما فى علة الحكم التى لا تدرك بمجرد معرفة اللغة[3] •

---

(١) الرسالة للشافعى ص ٥١٠ •

(٢) شرح الاسنوى على هامش التحرير ج ٢ ص ٣١٠ •

(٣) محمد مصطفى شلبى ــ أصول الفقه ص ١٩١ ، محمد ابو زهرة ــ أصول الفقه ص ٢١٨

(و) معرفة مقاصد الأحكام :

يقول الشاطبى فى الموافقات[1] : ان وضع الشرائع انما هو لصالح العباد فى العاجل والآجل معا ، والشريعة وضعت لمصالح العباد فان الله تعالى يقول فى بعثه الرسل وهو الأصل : ﴿ رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾(٢) .

وأما التعاليل لتفاصيل الأحكام فى الكتاب والسنة فأكثر من أن تحصى كقوله بعد آية « الوضوء » : ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم ﴾(٣) وتكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها فى الخلق ، والمقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام :

(أ) ضرورية :

وهى ما لا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفى الأخرى فوت النجاة والنعيم .

والحفظ للضروريات يكون بأمرين :

١ ــ ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود .

٢ ــ ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم .

فالعبادات راجعة الى حفظ الدين من جانب الوجود .

والعادات راجعة الى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود أيضا كتناول المأكولات والمشروبات والملبوسات والمسكونات وما أشبه ذلك .

---

(١) جـ ٢ ص ٦ وما بعدها .   (٢) النساء : ١٦٥
(٣) المائدة : ٦

والمعاملات راجعة الى حفظ النسل والمال من جانب الوجود والى حفظ النفس والعقل أيضا لكن بواسطة العادات .

ومجموع الضروريات خمسة وهى : « حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل » .

(ب) الحاجيات :

وهى المفتقر اليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب الى الضيق والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ـ فاذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة .

وهى جارية فى العبادات والعادات والمعاملات والجنايات ، ففى العبادات كالرخص المخففة ، وفى العادات كالتمتع بالطيبات من الحلال ، وفى المعاملات كالقراض والمساقاة والسلم ، وفى الجنايات كالقسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناع وما أشبه ذلك .

(ج) التحسينيات :

ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات ويجمعها مكارم الأخلاق وهى جارية فى العبادات والعادات والمعاملات والجنايات .

ففى العبادات كالطهارات كلها وستر العورة وأخذ الزينة وأشباه ذلك .

وفى العادات كآداب الأكل والشرب ومجانبة الاسراف والاقتار فى المتناولات .

وفى المعاملات كالمنع من بيع النجاسات وما أشبهها .

وفى الجنايات كمنع قتل الحر بالعبد .

وكل مرتبة من هذه المراتب ينضم اليها ما هو كالتتمية والتكملة مما لو فرضنا فقده لم يخل بحكمتها الأصلية .

والضرورى : أصل لما سواه من الحاجى والتكميلى ، واختلال الضرورى يلزم منه اختلال الباقين باطلاق وأنه لا يلزم من اختلال الباقين اختلال الضرورى وانه قد يلزم من اختلال التحسينى باطلاق أو الحاجى باطلاق اختلال الضرورى بوجه ما(١) .

(د) جلال الفقه والفقهاء — فضل العالم العامل على العابد :

يقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : « أقرب الناس من درجة النبوة أهل العلم والجهاد » ، « العلماء ورثة الأنبياء » (صححه جماعة وضعفه آخرون) .

عن الشافعى رضى الله عنه : « ان لم يكن الفقهاء أولياء الله فى الآخرة فما لله ولى » .

وقال : « ما أحد أورع لخالقه من الفقهاء وأولياء الله فى الآخرة » .

وعن ابن عمر : « ما قبض الله عالما الا كان ثغرة فى الاسلام لا تسد » .

والعالم العامل لا يزكى نفسه ولا يحب لها التزكية من غيره لقوله تعالى : **﴿ هو أعلم بكم اذ انشاكم من الأرض واذ انتم اجنة فى بطون أمهاتكم ، فلا تزكوا انفسكم ، هو اعلم بمن اتقى ﴾(٢)** .

فالعالم الواثق بالله وبعلمه ومطمئن الى الحق والهداية فيه لا يخشى فى الله لومة لائم ولا تحركه الأهواء أو تغشاه المصالح الا مصلحة الأمة فى اظهار الحق والزود عنه ، والعلماء فى ذلك أشد الناس بلاء وابتلاء ولكن هذا مقامهم المحمود والجزاء الأوفى لهم من الله .

* * *

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ١٦ وما بعدها .
(٢) النجم : ٣٢

سادسا ـ الافتاء والمفتى وشروطه :

الافتاء أخص من الاجتهاد فالاجتهاد استنباط الأحكام سـواء أكان سؤالا فى موضوعها أم لم يكن ، أما الافتاء فانه لا يكون الا فى واقعة وقعت ويتعرف الفقيه حكمها[1] .

(أ) خصال يجب تحققها فيمن ينصب نفسه للفتيا :

ولذلك يشترط فى المفتى شروطا أخرى مع شروط الاجتهاد وشدد فيهـا العلماء ـ ذكر أبو عبد الله بن بطة فى كتابه فى الخلع عن الامام أحمـد أنه قال[2] :

« لا ينبغى للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصـال :

أولها : أن يكون له نية ، فان لم تكن له نية لم يكن عليـه نور ولا على كلامه نور .

الثانية : أن يكون له علم وحلم ووقار وسكينة .

الثالثة : أن يكون قويا على ما هو فيه وعلى معرفته .

الرابعة : الكفاية والا مضغه الناس .

الخامسة : معرفة النـاس .

ويقول ابن قيم الجوزية : فان هذه الخمسة هى دعائم الفتوى وأى شىء نقص منها ظهر الخلل فى المفتى بحسبه . ويعلق على ما قاله الامام بقوله :

فأما النية فهى رأس الأمر وعموده وأساسه وأصله الذى عليه يبنى فانها روح العمل وقائده وسائقه ... يصح بصحتها ويفسد بفسادها وبها يستجلب التوفيق .

---

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٤ ص ١١٩

(٢) انظر : أصول الفقه ـ محمد ابو زهرة ص ٤٠١

« وقد جرت عادة الله التى لا تبدل وسنته التى لا تحول أن يلبس المخلص من المهابة والنور والمحبة فى قلوب الخلق واقبال قلوبهم اليه ما هو بحسب اخلاصه ونيته ومعاملته لربه ، ويلبس المرائى اللابس ثوب الزور من المقت والمهانة والبغضة ما هو اللائق به » .

وأما قوله : « أن يكون له حلم ووقار وسكينة » فقد قال بعض السلف : ما قرن شيء الى شيء أحسن من علم الى حلم .. فالحلم زينة العلم وبهاؤه وضد الطيش والعجلة والحدة والتسرع وعدم الثبات .

والسكينة فعيلة من السكون وهو طمأنينة القلب واستقراره وأصلها فى القلب ويظهر أثرها على الجوارح .

وأما قوله : « أن يكون قويا على ما هو فيه وعلى معرفته » أى مستظهرا مضطلعا بالعلم متمكنا منه غير ضعيف فيه ... فالمفتى محتاج الى قوة فى العلم وقوة فى التنفيذ فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له .

وأما قوله : « الكفاية والا مضغه الناس » فانه اذا لم يكن له كفاية احتاج الى الناس والى الأخذ مما فى أيديهم .. فالعالم اذا منح غناء فقد أعين على تنفيذ علمه واذا احتاج الى الناس فقد مات علمه وهو ينظر .

وأما قوله : « معرفة الناس » فهذا أصل عظيم يحتاج اليه المفتى والحاكم ... فينبغى له أن يكون فقيها فى معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم فان الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال . وذلك كله من دين الله .

(ب) فوائد متعلقة بالافتاء أو محاذيره وما يستحب للمفتى(1) :

١ ــ لا تجوز الفتيا بالتشهى والتخير :

لا يجوز للمفتى أن يعمل بما يشاء من الأقوال والوجوه من غير نظر فى الترجيح ولا يعتد به ، بل يكتفى فى العمل بمجرد كون ذلك

---

(1) انظر : اعلام الموقعين ج ٤ ص ٢١١ وما بعدها .

قولا قاله امامه أو وجها ذهب اليه جماعة فيعمل بما يشـــاء من الوجوه والأقوال حيث رأى القول وفق ارادته وغرضه عمل به فارادته وغرضه هو المعيار وبها الترجيح وهذا حرام باتفاق الأمة .

وبالجملة فلا يجوز العمـل والافتاء فى دين الله بالتشهى والتخير وموافقة الغرض فيطلب القول الذى يوافق غرضه وغرض من يحابيه فيعمل به ويفتى به .. وهذا من أفسق الفسوق وأكبر الكبائر .

٢ ـــ من تصدر للفتوى من غير أهلها آثم :

من أفتى الناس وليس بأهل للفتوى فهو آثم عاص ومن أقره من ولاة الأمور على ذلك فهو آثم أيضا ، قال الشاطبى[١] :

« فتاوى المجتهدين بالنسبة الى العوام كالأدلة الشرعية (أى قائمة مقامهـــا) بالنســـبة الى المجتهدين .. وقد قال تعالى : « **فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون »(٢)** .

والمقلد غير عالم فلا يصح له الا سؤال أهل الذكر واليهم مرجعـــه فى أحكام الدنيـــا على الاطلاق . فهم اذن القـــائمون له مقـــام الشرع وأقوالهم قائمة مقام الشارع » .

قال مالك رضى الله عنه :

« انما أنا بشر أخطىء وأصيب فانظروا رأيى فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وكل ما لم يوافق ذلك فاتركوه » .. وقال : ليس كل ما قال الرجـــل وان كان فاضـــلا يتبع ويجعل ســـنة ويذهب بـــه الى الأمصار . قال الله تعـــالى : « **فبشر عبادى . الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه »(٣)** .

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣
(٢) الأنبيـــاء : ٧
(٣) انظر : الموافقات جـ ٤ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، والآية من ســـورة الزمر : ١٧ ، ١٨

٣ ــ لا يجوز للمفتى تتبع الحيل المحرمة والمكروهة لمن أراد نفعه •

٤ ــ أحوال ليس للمفتى أن يفتى فيها :

ليس للمفتى الفتوى فى حال غضب شديد أو جوع مفرط أو هم مقلق أو خوف مزعج أو نعاس غالب أو شغل قلب مستول عليه أو حال مدافعة الأخبثين ، بل متى أحس من نفسه شيئا فى ذلك يخرجه عن حال اعتداله وكمال تثبيته وتبينه أمسك عن الفتوى •

٥ ــ لا يعين المفتى على التحليل ولا على المنكر :

يحرم عليه اذا جاءته مسألة فيها تحيل على اسقاط واجب أو تحليل محرم أو مكر أو خداع أن يعين المستفتى فيها ويرشده الى مطلوبه أو يفتيه بالظاهر الذى يتوصل به الى مقصوده • بل ينبغى له أن يكون بصيرا بمكر الناس وخداعهم وأحوالهم بل يكون حذرا فطنا فقيها بأحوال الناس وأمورهم يوازره فقهه فى الشرع •

٦ ــ لا يعمل بالفتوى حتى يطمئن لها قلب المستفتى :

لا يجوز العمل بمجرد فتوى المفتى اذا لم تطمئن نفسه وحاك فى صدره من قبوله وتردد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم : « استفت نفسك وان أفتاك الناس وأفتوك » •

فيجب عليه أن يستفتى نفسه أولا ولا تخلصه فتوى المفتى من الله اذا كان يعلم أن الأمر فى الباطن بخلاف ما أفتاه •• ولا يظن المستفتى أن مجرد فتوى الفقيه تبيح له ما سأل عنه اذا كان يعلم أن الأمر بخلافه فى الباطن سواء تردد أو حاك فى صدره لعلمه بالحال فى الباطن أو لشكه فيه أو لجهله به أو لعلمه جهل المفتى أو محاباته فى فتواه أو عدم تقييده بالكتاب والسنة أو لأنه معروف بالفتوى بالحيل والرخص المخالفة للسنة وغير ذلك من الأسباب المانعة من الثقة بفتواه وسكون النفس اليها •

٧ ــ ينبغى للمفتى أن يشاور من يثق به :

اذا كان عنده من يثق بعلمه ودينه فينبغى له أن يشاوره ولا يستقل بالجواب ذهابا بنفسه وارتفاعا بها أن يستعين على الفتاوى بغيره من أهل العلم ... فان استقل فى مثل هذه الحالة فهذا من الجهل . فقد أثنى الله سبحانه وتعالى على المؤمنين بأن أمرهم شورى بينهم ، وقال تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم « وشاورهم فى الأمر »(١) وكان عمر رضى الله عنه يستشير الصحابة فى المسائل التى تنزل به .

٨ ــ يستحب للمفتى أن يكثر من الدعاء لنفسه بالتوفيق :
فعلى المفتى أن يكثر الدعاء بالحديث الصحيح :

« اللهم رب جبرائيل وميكائيل واسرافيل فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون ، اهدنى لما اختلف فيه من الحق باذنك انك تهدى من تشاء الى صراط مستقيم » .

وكان الامام مالك اذا جلس نكس رأسه وحرك شفتيه بذكر الله ولم يلتفت يمينا ولا شمالا فاذا سئل عن مسألة تغير لونه فيصفر وينكس رأسه ويحرك شفتيه ثم يقول : ما شاء الله ، لا حول ولا قوة الا بالله . قال أشهب : رأيت فى النوم قائلا يقول : لقد لزم مالك كلمة عند فتواه لو وردت على الجبال لقلعتها وذلك قوله : ما شاء الله ، لا قوة الا بالله » وقال الشاطبى : هذه الجملة تدل الانسان على ما يكون من العلماء أولى بالفتيا والتقليد له ويتبين بالتفاوت فى هذه الأوصاف (يعنى أوصاف العلماء الذين يصح تقليدهم) الراجح من المرجوح ولم آت بها على ترجيح تقليد مالك وان كان أرجح بسبب شدة اتصافه بها ولكن لتتخذ قانونا فى سائر العلماء فانها موجودة فى سائر هداة الاسلام غير أن بعضهم أشد اتصافا بها من بعض(٢) .

---

(١) آل عمرن : ١٥٩
(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٩٠

٩ ـ يجب على المفتى أن يأخذ بما يفتى به فانه اذا كان يترخص لنفسه بأمور لا يبيحها للناس فان ذلك يفقده العدالة .

١٠ ـ يجب على المفتى أن يتأنى وأن يتفكر فى الحق ويتدبر الأمر وفى نتائج الفتوى وفى المستفتى .

ولقد كان الامام مالك يتأنى فى فتياه ولقد قال فى ذلك « ربما وردت على المسألة من المسائل تمنعنى من الطعام والشراب والنوم ... »(١) .

١١ ـ وليعلم المفتى أنه هاد ومرشد ، وأن فتواه منار لاصلاح الناس . وأنه مبلغ عن الله ، والتبليغ عن الله سبحانه وتعالى ، وهذا يعتمد على عدة أمور منها :

١ ـ العلم بما يبلغ .

٢ ـ والصدق فيه .

٣ ـ ويكون مع ذلك حسن الطريقة .

٤ ـ ومرضى السيرة .

٥ ـ عدلا بما يبلغ فى أقواله وأفعاله .

٦ ـ متشابه السر والعلانية فى مدخله ومخرجه وأحواله .

فحقيق بمن أقيم فى هذا المنصب أن يعد له عدته وأن يتأهب له أهبته وأن يعلم قدر المقام الذى أقيم فيه ولا يكون فى صدره حرج من قول الحق والصدع به فان الله ناصره وهاديه وكيف وهو المنصب الذى تولاه بنفسه رب الأرباب فقال تعالى : ﴿ ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب ﴾(٢) .

وكفى بما تولاه الله بنفسه شرفا وجلالة اذ يقول فى كتابه : ﴿ يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ﴾(٣) .

---

(١) انظر : اصول الفقه ـ محمد ابو زهرة ص ٤٠٢ وما بعدها ، الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ٢٨٦ .

(٢) النساء : ١٢٧ (٣) النساء : ١٧٦

وليعلم المفتى عمن ينوب فى فتـواه وليوقن أنه مسئول غـدا وموقوف بين يدى الله[1] .

وكان الامام مالك يقول[2] :

« من أحب أن يجيب عن مسألة فليعرض نفسه قبل أن يجيب على الجنة والنار وكيف يكون خلاصة فى الآخرة ثم يجيب ... ما شىء أشـد على من أن أسأل عن مسألة الحلال والحرام لأن هذا هو القطع فى حكم الله ولقد أدركت أهل العلم والفقه ببلدنا وان أحدهم اذا سئل عن مسألة كأن الموت أشرف عليه ، ورأيت أهل زماننا هذا يشتهون الكلام فيـه والفتيا ولو وقفوا على ما يصيرون اليه لقللوا من هذا .. » .

* * *

---

(١) انظر : ابن القيم ـ اعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٠ ، ١١
(٢) انظر : الموافقات جـ ٤ ص ٢٨٦

المبحث الثالث

هيئة الرقابة الشرعية فى نماذج من قوانين ونظم البنوك والشركات التى تعمل طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية أو لا تتعامل بالربا والفائدة أخذا أو عطاءا

اولا ــ طرائق ثلاث فى القوانين واللوائح :

ونستطيع أن نصنف هذه القوانين والنظم الى ثلاثة أنماط أو طرائق :

الطريقة الأولى : اكتفت بالنص على عدم جواز التعامل مع الغير بنظام الفائدة أخذا أو عطاءا •

ومؤدى ذلك أنها لا تلزم نفسها بما سوى ذلك من معطيات التطبيق العملى فى منهج الاقتصاد الاسلامى •

الطريقة الثانية : تكتفى بالنص على أنها تقوم بجميع أعمالها طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية أخذا أو عطاءا دون أن تلزم نفسها بشكل معين أو تنظيم خاص لهيئة الفتوى الشرعية •

الطريقة الثالثة : حرصت على النص على كل حسنات ومزايا الطرق السابقة فنصت على أمرين جوهرين هما :

١ ــ أنها تعمل طبقا لقواعد وأحكام الشريعة الاسلامية •

٢ ــ كيفية تشكيل هيئة الرقابة الشرعية بل ونص بعضها على طريقة عمل الهيئة •

ولا شك أن كل طريقة من الطرائق السابقة تعكس الواقع العملى بما يجب أن يصبو اليه ويستكمل بنيانه الفنى الدقيق والبعد عن المسالب وأوجه القصور •

وفى نهاية البحث نقدم بين يدى القارىء بعض النماذج من النصوص والمواد التى اشتملت على تنظيم ونظام هيئة الرقابة الشرعية العليا وهيئة الرقابة الشرعية كما أوردتها تلك النصوص كى تتم الفائدة ويستطيع القارىء المقارنة وترجيح الصواب •

***

ثانيا ـ نماذج :

١ ـ اتفاقية انشاء الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية

مادة (١٦) ـ هيئة الرقابة الشرعية العليا :

تشكل هيئة الرقابة الشرعية العليا للاتحاد الدولى من رؤساء هيئات الرقابة الشرعية لكل بنك ولمجلس الادارة الحق فى أن يضم لها من يراه من الفقهاء والعلماء وتختص الهيئة بالآتى :

(أ) متابعة أعمال البنوك الاسلامية الأعضاء والتأكد من مطابقتها للأحكام الشرعية ولها أن تطلب عن طريق الأمانة العامة للاتحاد من البنوك الأعضاء بموافاتها بالبيانات التى تعينها على أداء مهمتها

(ب) النظر فيما يتقدم به أى من المسلمين فى شأن ما يراه من مدى شرعية أعمال أى من البنوك الأعضاء •

وهناك لائحة خاصة بالهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية أقرتها الهيئة تتضمن كيفية تشكيلها وتوضح اختصاصاتها (ملحق رقم ٢) •

***

٢ ـ القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٧

بانشــاء بنك فيصل الاسلامى المصرى

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

مادة (١) : يرخص فى تأسيس شركة مساهمة مصرية طبقا لأحكام هذا القانون تسمى « بنك فيصل الاسلامى المصرى » .

مادة (٢) : غرض البنك القيام بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار وانشاء مشروعات التصنيع والتنمية الاقتصادية والعمران والمساهمة فيها فى الداخل والخارج وفقا لما هو موضح فى النظام الأساسى للبنك .

مادة (٣) : تخضع جميع معاملات البنك وأنشطته لما تفرضه الأحكام والقواعد الأساسية فى الشريعة الاسلامية[١] وخاصة فيما يتعلق بتحريم التعامل بالربا وبأداء الزكاة المفروضة شرعا وتعتبر الزكاة التى يؤديها البنك من قبيل التكاليف على الانتاج ، ويتولى شيخ الجامع الأزهر ووزير الأوقاف التحقق من التزام البنك بتحصيل الزكاة وانفاقها فى مصارفها الشرعية .

وتشكل بالبنك هيئة الرقابة الشرعية تتولى مطابقة معاملاته وتصرفاته لأحكام وقواعد الشريعة الاسلامية[٢] . ويحدد النظام الأساسى للبنك كيفية تشكيلها وممارستها لعملها واختصاصاتها الأخرى .

---

(١) انظر : المادة ٤ من قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى اذ جاءت أدق صياغة وأشمل حكما .

(٢) انظر : المادة ٢ من لائحة هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الاسلامى السودانى .

مادة (٤) : المركز الرئيسى للبنك مقره مدينة القاهرة ، ويجوز له أن ينشىء فروعا أو توكيلات فى جمهورية مصر العربية وفى الخارج .

مادة (٥) : حدد رأسمال البنك بمبلغ ثمانية ملايين من الدولارات الأمريكية يقسم الى ٨٠٠٠٠ (ثمانين ألف) سهم اسمية قيمة كل سهم مائة دولار أمريكى موزعة على النحو الآتى :

(أ) تكون حصة الجانب المصرى (٤٠٨٠٠) سهم تمثل ٥١٪ من رأس المال تدفع بالجنيه المصرى بالسعر المعلن أو بالدولار أو بأية عملة قابلة للتحويل ويخصص من هذه الأسهم ٣٥٪ على الأقل من عدد الأسهم تطرح للاكتتاب العام بالشروط والأوضاع التى يبينها النظام الأساسى للبنك .

(ب) تكون حصة الجانب السعودى (٣٩٢٠٠) سهم تمثل ٤٩٪ من رأس المال تدفع بالدولار الأمريكى .

ويجوز للجانب السعودى أن يطرح جزءا من حصته للاكتتاب للعرب والمسلمين من غير المصريين .

ويتضمن النظام الأساسى بيان توزيع الأسهم على المؤسسين ويتم دفع ٢٥٪ من قيمة الأسهم سواء بالنسبة للمؤسسين أو المكتتبين خلال شهرين من تاريخ نشر النظام الأساسى فى الوقائع المصرية وذلك فى حساب خاص باسم « بنك فيصل الاسلامى المصرى » يفتح بالبنك المركزى المصرى ، ويدفع الباقى وفقا لما يقره مجلس الادارة على الا يتجاوز ذلك سنة من تاريخ اعداد المقر المؤقت للبنك وأجهزته العاملة .

مادة (٦) : يجوز زيادة رأس مال البنك واصدار أسهم جديدة بنفس القيمة الاسمية للأسهم بقرار من الجمعية العمومية للبنك بناء على اقتراح مجلس الادارة وفقا لما هو مبين بالنظام الأساسى .

ويجوز أن يكون للمساهمين القدامى حق الأولوية فى الاكتتاب فى كل أو بعض أسهم الزيادة وفقا لما يبينه قرار الجمعية العمومية .

مادة (٧) : تكون معاملات البنك بالعملات الحرة أو بالجنيه المصرى وفقا للقواعد التى يقررها مجلس الادارة .

مادة (٨) : يتمتع البنك بشخصية اعتبارية تمكنه من تحقيق أغراضه بما فى ذلك حق التعاقد وامتلاك الأموال الثابتة والمنقولة والقيام بالاجراءات القانونية وتثبيت هذه الشخصية للبنك من تاريخ نشر النظام الأساسى فى الوقائع المصرية .

مادة (٩) : لا يجوز اتخاذ اجراءات التأميم أو المصادرة أو فرض الحراسة أو الاستيلاء على أنصبة الأشخاص الاعتبارية أو الطبيعية فى رأسمال البنك .

كما لا يجوز اتخاذ اجراءات الحجز القضائى ، أو الادارى عليها الا بحكم قضائى نهائى أو بحكم محكمين نهائى .

مادة (١٠) : لا تسرى على البنك وفروعه القوانين المنظمة للرقابه على النقد الأجنبى أو الهيئات والمؤسسات العامة أو ذات النفع العام أو شركات القطاع العام .

كما لا تسرى على البنك أحكام قانون الشركات المساهمة فيما ورد به نص خاص فى هذا القانون .

ويخضع البنك للقوانين المنظمة للرقابة على البنوك والائتمان فيما يتعلق بعملياته بالعملة المحلية وبما لا يتعارض مع ما ورد فى هذا القانون .

مادة (١١) : أموال البنك وأرباحه وتوزيعاته وكافة أوجه نشاطه سواء فى مركزه الرئيسى أو فروعه تعفى لمدة خمسة عشر يوما . اعتبارا من أول سنة ضريبية تالية لمزاولة نشاطه ، من كافة أنواع

الضرائب والرسوم المفروضة بقوانين الضرائب على الأرباح التجارية والصناعية والقيم المنقولة والضرائب على الايراد العام والدمغات والضرائب العقارية . (عدلت) .

مادة (١٢) : مع عدم الاخلال بأحكام الفقرة الثالثة من المادة (١٠) لا يخضع البنك وشركاته وفروعه وتوكيلاته ومكاتبه وسجلاته ووثائقه ومحفوظاته لقوانين وقواعد الرقابة بأنواعها المختلفة .

مادة (١٨) : يفصل مجلس الادارة بأغلبية اعضائه بصفته محكما ارتضاه الطرفان فى كل نزاع ينشأ بين أى مساهم فى البنك وبين مساهم آخر سواء أكان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وذلك بشرط أن يكون النزاع ناشئا عن صفته كمساهم فى البنك . ولا يتقيد مجلس الادارة فى هذا الشأن بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادىء الأساسية للتقاضى .

أما اذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو احدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، فتفصل فيه نهائيا هيئة من المحكمين معفاة من قواعد الاجراءات عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادىء الأساسية للتقاضى .

وفى هذه الحالة تشكل هيئة التحكيم من محكم يختاره كل طرف من طرفى النزاع وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ استلام أحد طرفى النزاع طلب احالة المنازعة الى التحكيم من الطرف الآخر ثم يختار المحكمان حكما مرجحا خلال الخمسة عشر يوما التالية لتعيين آخرهم ويختار الثلاثة أحدهم لرئاسة هيئة التحكيم خلال الأسبوع التالى لاختيار الحكم المرجح ويعتبر اختيار كل طرف لمحكمه قبولا لحكم المحكمين واعتباره نهائيا .

وفى حالة نكول أحد الطرفين عن اختيار محكمة أو فى حالة عدم

الاتفاق على اختيار الحكم المرجح ، لرئيس هيئة التحكيم فى المدد المحددة فى الفقرة السابقة أن يعرض الأمر على هيئة الرقابة الشرعية لتختار المحكم أو الحكم المرجح أو الرئيس حسب الأحوال .

وتجتمع هيئة التحكيم فى مقر البنك الرئيسى وتضع نظام الاجراءات التى تتبعها لنظر النزاع ، وفى اصدار قراراها . ويجب أن يتضمن هذا القرار بيان طريقة تنفيذ وتحديد الطرف الذى يتحمل بمصاريف التحكيم ويودع قرار هيئة التحكيم الأمانة العامة لمجلس ادارة البنك .

ويكون حكم هيئة التحكيم فى جميع الأحوال نهائيا وملزما للطرفين وقابلا للتنفيذ ، شأنه شأن الأحكام النهائية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية وفقا للاجراءات المنصوص عليها فى باب التحكيم فى قانون المرافعات .

وفى جميع الأحوال تخضع قرارات مجلس الادارة وأحكام هيئة التحكيم الصادرة طبقا لهذه المادة لأحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

مادة (١٩) : يجوز بقرار من الجمعية العمومية للبنك فى اجتماع غير عادى تعديل أحكام نظامه الأساسى وذلك فيما عدا غرض البنك وكونه مصرفا اسلاميا أو زيادة التزامات المساهمين .

مادة (٢٠) : يصدر النظام الأساسى للبنك — فى حدود أحكام هذا القانون — بقرار من وزير الأوقاف بعد أخذ رأى وزير الاقتصاد ويعتبر نشر هذا النظام فى الوقائع المصرية بمثابة شهر له .

مادة (٢١) : ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به من تاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية فى ١٣ رمضان سنة ١٣٩٧ هـ (٢٧ أغسطس سنة ١٩٧٧ م) .

(حسنى مبارك)

* * *

وزارة الأوقـاف

قرار رقم ٧٧ لسـنة ١٩٧٧

باصدار النظام الأساسى لبنك فيصل الاسلامى المصرى

وزير الأوقاف

بعد الاطلاع على القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصـة بالشركات المساهمة وشركات التوصـية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة ؛

وعلى القانون رقم ١٦٣ لسـنة ١٩٥٧ باصـدار قانون البنـوك والائتمان ؛

وعلى القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٧٧ بانشاء بنك فيصل الاسـلامى المصرى ؛

وعلى ما عرضه مؤسسو بنك فيصل الاسلامى المصرى ؛

وبعد أخذ رأى وزير الاقتصاد ؛

وبناء على ما ارتآه مجلس الدولة •

قـــرر :

مادة (١) : يؤسس « بنك فيصل الاسلامى المصرى » ويعمل وفقا لأحكام النظام الأساسى المرافق •

مادة (٢) : يجـوز بقرار من الجمعية العمومية للبنك فى اجتماع غير عادى تعديل أحكام النظام الأساسى المرافق وذلك فيما عدا غرض البنك وكونه مصرفا اسلاميا أو زيادة التزامات المساهمين

مادة (٣) : ينشر هذا النظام فى الوقائع المصرية •

تحريرا فى ٢٠ من شوال سنة ١٣٩٧ هـ (٣ من اكتوبر سنة ١٩٧٧م).

محمد متولى الشعراوى

* * *

الباب الرابع ـ ادارة البنك

مجلس الادارة ـ هيئة الرقابة الشرعية ـ الجمعية العمومية

(ب) هيئة الرقابة الشرعية :

مادة (٤٠) : تشكل هيئة الرقابة من خمسة أعضاء على الأكثر يختارون من علماء الشرع وفقهاء القانون المقارن المؤمنين بفكرة البنك الاسلامى تعينهم الجمعية العمومية كل ثلاث سنوات وتحدد مكافآتهم بناء على اقتراح مجلس الادارة •

وتكون مهمة هيئة الرقابة تقديم المشورة والمراجعة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية •

ويكون لها فى هذا الصدد ما لمراقبى الحسابات من وسائل واختصاصات

ويجوز لمجلس الادارة أن يدعو من يمثل هيئة الرقابة لحضور أى جلسة من الجلسات ولا يكون له صوت معدود •

كما يجوز للهيئة طلب عقد جلسة خاصة لمجلس الادارة لشرح وجهة نظرها فى المسائل الشرعية اذا اقتضى الحال ذلك •

واستثناء مما تقدم تكون مدة هيئة الرقابة الأولى أربع سنوات •
كما يختار المؤسسون أعضاء هيئة الرقابة الأولى بمجرد صدور القانون والنظام ونشرهما •

مادة (٤١) : تسلك هيئة الرقابة فى عملها وفى علاقاتها مع ادارة البنك وهيئآته المختلفة ما يسلكه مراقبا الحسابات من وسائل واختصاصات وفقا لنصوص هذا النظام •

مادة (٤٢) : تحدد الجمعية العمومية العادية للبنك مكافآت وبدلات

الحضــور لرئيس وأعضاء مجلس الادارة وأعضــاء هيئــة الرقابة عند اعتماد الميزانية على ألا تتجاوز فى مجموعها عشرة فى المــائة ولا تقل عن خمســة فى المــائة من صافى الأرباح •

ويحدد المؤسسون مكافآت وبدلات رئيس وأعضاء مجلس الادارة وأعضاء هيئة الرقابة على السنة الأولى للبنك على أن يتم حســابها من مصروفات التأسيس

* * *

٣ ـ قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى لسنة ١٩٧٧

اسم القانون وبدء العمل به

١ ـ يسمى هذا القانون « قانون بنك فيصل الاسلامى السودانى لسنة ١٩٧٧ م » ويعمل به من اليوم الخامس عشر من شهر ربيع ثانى لسنة ١٣٩٧ هـ الموافق اليوم الرابع من شهر ابريل سنة ١٩٧٧ م •

تفسير

٢ ـ فى هذا القانون وما لم يقتضى السياق معنى آخر :

« بنك » يقصد به بنك فيصل الاسلامى السودانى المنشأ بموجب المادة ٣ (١) من هذا القانون وتشمل كل فرع من فروعه أو أية شركة ينشئها •

« أموال البنك » تشمل رأس مال البنك وممتلكاته •

انشاء

٣ ـ (١) ينشأ بنك يسمى « بنك فيصل الاسلامى السودانى » ويسجل شركة مساهمة عامة وفق قانون الشركات لسنة ١٩٢٥ م ويكون مركزه الرئيسى فى الخرطوم •

(٢) ينشىء البنك فروعا له فى جميع أنحاء القطر •

أغراض البنك

٤ ـ يعمل البنك وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية على تدعيم تنمية المجتمع وذلك بالقيام بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار كما يجوز له لتحقيق أغراضه انشاء شركات تأمين تعاونى أو أى شركات أخرى كما يجوز له المساهمة فى مناشط التنمية الاقتصادية والاجتماعية المبينة فى عقد تأسيس البنك ونظامه داخل الجمهورية السودانية الديمقراطية وخارجها •

راس المـال

٥ ــ (١) يكون للبنك رأسـمال لا يقل عن سـتة ملايين جنيـه سـودانى •

(٢) تحدد عقد تأسيس ونظام البنك توزيع رأس المـال الى أسهم ونسب المسـاهمة •

(٣) تدفع مساهمة الجانب غير السودانى بعملة قابلة للتحويل •

اسـتثناءات

٦ ــ لا تطبق على البنك :

(أ) القوانين المنظمة للخدمة وقواعد ما بعد الخدمة على أن لا تقل المرتبات والأجور وفوائد ما بعـد الخدمة التى يحددها البنك فى الحد الأدنى المنصوص عليـه فى تلك القوانين •

(ب) القوانين المنظمة للتأمين •

(ج) قانون ديوان المراجع العام لسنة ١٩٧٠ م أو أى قانون آخر يحل محله •

(د) المواد ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ من قانون بنك السودان لسنة ١٩٥٩ م وذلك دون مساس بسلطة بنك السودان فى الاشراف على السـياسة الأئتمانية للبنك وتوجيهها •

اعفـاءات

٧ ــ (١) (أ) تعفى أموال وأرباح البنـك من جميـع أنواع الضرائب

(ب) تعفى من الضرائب الأموال المودعة بالبنك بغرض الاستثمار •

(جـ) تعفى من الضرائب مرتبات وأجور ومكافآت ومعاشات جميع العاملين بالبنك ورئيس وأعضاء مجلس ادارته وهيئة الرقابة الشرعية •

(٢) بالاضافة الى الاعفاءات المنصوص عليها بموجب البند (١) يجوز أن يتمتع البنك بأى اعفاءات أو امتيازات منصوص عليها فى أى قانون آخر •

٨ ـ يجوز لمحافظ بنك السودان أن يعفى البنك من أحكام القوانين المنظمة للرقابة على النقد فى الحدود التى يراها مناسبة •

عدم جواز التأميم أو المصادرة

٩ ـ (أ) لا تجوز مصادرة أموال البنك أو تأميمها أو فرض الحراسة أو الاستيلاء عليها •

(ب) لا يجوز الحجز ـ أو الاستيلاء على المبالغ المودعة بالبنك الا بموجب أمر قضائى •

* * *

قانون بنك فيصل الاسلامي السوداني لسنة ١٩٧٧

المعمول به من اليوم الخامس عشر من شهر ربيع ثاني لسنة ١٣٨٧هـ
الموافق اليوم الرابع من شهر أبريل ١٩٧٧ م

● **هيئة الرقابة الشرعية ... تشكيلها ومهامها ومنهجها في العمل :**

ـ تشكيل ومهام هيئة الرقابة الشرعية .

ـ خطة هيئة الرقابة الشرعية ومنهجها في الاجابة على الاستفسارات.

*

● **تشكيل ومهام هيئة الرقابة الشرعية كما وردت في النظام الاساسي للبنـك :**

١ ـ تشكل هيئة الرقابة الشرعية من ثلاثة أعضاء على الأقل وسبعة على الأكثر من علمـاء الشرع ، تعينهم الجمعية العمومية للمسـاهمين لثلاث سنوات وتحدد أتعابهم في قرار التعيين . وتجوز اعادة تعيين من انتهت عضويته منهم ، وفي حالة خلو منصب أحد الأعضاء قبل نهـاية مدته يعين مجلس الادارة من يحل محله لنهاية المدة المذكورة

٢ ـ يعهد لهيئة الرقابة بالمهام الآتية :

(أ) الاشـتراك مع المسئولين بالبنك في وضع نماذج العقـود والاتفاقات والعمليات العـائدة لجميع معاملات البنك مع المسـاهمين والمسـتثمرين والغير ، وفي تعـديل وتطوير النماذج المذكورة عنـد الاقتضاء ، وفي اعـداد العقود التي يزمع البنك ابرامها مما ليس له نماذج موضوعة من قبل ـ وذلك كله بقصـد التأكد من خلو العقود والاتفاقات والعمليات المذكورة من المحظورات الشرعية .

(ب) ابداء الرأي من الناحيـة الشرعية فيمـا يحيله اليها مجلس الادارة أو المدير العام من معاملات البنك .

(جـ) تقـديم ما تراه مناسـبا من المشـورة الشرعية الى مجلس الادارة فى أى أمر من الأمور العائدة لمعاملات البنك •

(د) مراجعة عمليات البنك من الناحية الشرعية للتحقق من تنفيذ مقتضى ما جاء فى البنود (أ ، ب ، جـ) السابقة •

٣ ــ تقدم هيئة الرقابة الشرعية دوريا وكلما اقتضى الأمر تقاريرها وملاحظاتها الى كل من المدير العام ومجلس الادارة •

٤ ــ تقـدم هيئة الرقابة الشرعية للجمعية العمومية للمسـاهمين تقريرا سنويا مشتملا على رأيهـا فى مـدى تمشى البنك فى معاملاته مع أحكام الشرع ، ومـا قـد يكون لديهـا من ملاحقات فى هـذا الخصوص •

٥ ــ تباشر هيئـة الرقابة عملها وفقـا للائحة تقترحها ويصـدر بمقتضاها قرار من الجمعيـة العمومية للمسـاهمين • ولرئيس الهيئـة أو نائبه حق حضـور اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين ، وللهيئـة كذلك طلب ادراج أى موضوع فى جدول اجتماع أى جمعية عموميـة ومناقشته فى الاجتماع والاشتراك بخصوصه فى المداولات بدون أن يكون لها صوت عند اصدار القرارات •

***

● خطة هيئة الرقابة الشرعية للبنك فى الاجابة عن الاستفسارات الموجهة اليها من مجلس الادارة أو المدير العام :

(أ) تدرس الهيئة الموضوع المستفسر عنه دراسة وافية للوقوف على حقيقته مستعينة بمقدم الاستفسار وبمن ترى حاجة الى الاستعانة به من المتخصصين •

(ب) تبحث الهيئة عن الحكم الشرعى للموضـوع المستفسر عنـه مستعينة بما دونه العلماء من الأحكام الفقهية الفرعية ، وما دونوه فى أصول التشريع من قواعد لاستنباط الأحكام •

(جـ) اذا كان الموضوع المستفسر عنه فيه حكم متفق عليه بين الفقهاء بالجواز أو المنع أفتت الهيئة به واذا اختلف آراء الفقهاء فى الموضوع أفتت بما ترجحه منها أو ما تراه أكثر تحقيقا للمصلحة ، واذا لم يكن فى الموضوع حكم للمتقدمين من الفقهاء أفتت الهيئة فيه باجتهادها مراعية فى ذلك قاعدة : الأصل فى المعاملات الجواز اذا كانت برضاء الطرفين الا ما ورد فيه نص بالمنع •

(د) ليس من خطة الهيئة تطويع أحكام الشريعة الاسلامية لتساير ما عليه العمل فى المصارف القائمة • وانما خطتها تطويع الأعمال المصرفية لتساير الشريعة الاسلامية ، فشريعة الله حاكمة لا محكومة ، فما يوافق الشريعة من أعمال المصارف تقره الهيئة وما يخالفها تعدله اذا كان قابلا للتعديل ، وترفضه كلية اذا لم يقبل التعديل ، وتبحث عن بديل اسلامى للعمل المرفوض اذا كان وسيلة الى مصلحة حقيقية •

(هـ) يقوم كل عضو من أعضاء الهيئة منفردا بالبحث عن الحكم الشرعى فى الموضوع المعروض وفق الأسس المتقدمة ويدون ما تيسر له ، ثم تعرض الآراء فى اجتماع الهيئة وتناقش للوصول الى الحكم الذى تقره •

(و) تطبع الاجابة فى صورتها النهائية ويوقع عليها جميع الأعضاء ثم يسلمها السكرتير للجهات المعنية •

(ز) اذا كان لأحد الأعضاء رأى مخالف يدون فى الهامش •

* * *

٤ ـ قرار رئيس جمهورية مصر العربية
بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧١
بانشاء هيئة عامة باسم (بنك ناصر الاجتماعى)

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور .

وعلى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٤٦ بانشاء مؤسسة للقرض الحسن .

وعلى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الادارى .

وعلى القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ باصدار قانون البنوك والائتمان .

وعلى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ باصدار قانون التأمين والمعاشات لموظفى الدولة ومستخدميها وعمالها المدنيين .

وعلى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ باصدار قانون الهيئات العامة .

وعلى القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ باصدار قانون التأمينات الاجتماعية .

وعلى القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٤ فى شأن الضمان الاجتماعى

وعلى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٨ بانشاء وتنظيم صندوق مساعدة طلاب الجامعات والمعاهد العليا .

وعلى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ باصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام .

وعلى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ باصدار نظام العاملين بالقطاع العام .

وبناء على ما ارتآه مجلس الدولة .

قــرر القــانون الآتى :

مادة (١) : تنشأ هيئة عامة باسم بنك ناصر الاجتماعى يكون لها الشخصية الاعتبارية ويكون مقرها مدينة القاهرة وتتبع وزير الخزانة .

مادة (٢) : غرض الهيئة المســاهمة فى توســيع قاعــدة التكافل الاجتماعى بين المواطنين ولها فى سبيل ذلك :

١ ــ تقرير نظام للمعاشات وللتأمين وعلى الأخص التأمين التعاونى وذلك لغير المنتفعين بنظم المعاشات والتأمينــات الاجتماعية ويتم ذلك تدريجيــا .

٢ ــ منح قروض للمواطنين .

٣ ــ قبــول الودائع وعلى الأخص الودائع الادخــارية وتنظيم استثمارها .

٤ ــ اســتثمار أموال الهيئــة فى المشروعات العامة والمشروعات الخاصــة .

٥ ــ منح اعانات ومساعدات للمستحقين لها من المواطنين .

ويكون ذلك وفقا للشروط والأوضــاع التى تحددها اللائحــة التنفيــذية .

مادة (٣) لا يجوز للهيئة أن تتعامل مع الغير بنظام الفائدة أخــذا أو عطاءا .

مادة (٤) : للهيئة أن تستعين فى تحقيق أغراضها بالأجهزة التابعة للحكومة والحكم المحلى والقطاع العام .

مادة (٥) : يتكون رأسمال الهيئة من :

(أ) المبالغ التى تخصص بقرار من رئيس الجمهورية من موارد خارج موازنة الدولة لهذا الغرض .

(ب) الأموال التى تخصص لهذا الغرض فى موازنات الدولة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية .

مادة (٦) : تتكون موارد الهيئة من :

١ — نسبة من صافى أرباح الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة قبل التوزيع تحدد بقرار من رئيس الجمهورية .

٢ — اشتراكات المنتفعين بأحكام نظم التأمين والمعاشات التى يتم تقديرها طبقا لأحكام اللائحة التنفيذية .

٣ — ما تخصصه الدولة لها سنويا من اعتمادات الموازنة العامة للدولة .

٤ — الاعتمادات المدرجة فى ميزانية الجهات العامة التى تباشر نشاطا مماثلا ويتقرر نقلها الى ميزانية الهيئة .

٥ — المبالغ التى تخصصها وزارة الأوقاف للهيئة من ايرادات الأوقاف الخيرية لاستخدامها للقروض والمساعدات الاجتماعية .

٦ — أموال الزكاة والهبات والتبرعات والوصايا التى يقبلها مجلس ادارة الهيئة بما لا يتعارض وأغراض الهيئة .

٧ — الموارد الأخرى الناتجة عن نشاط الهيئة والأعمال والخدمات التى تؤديها للغير والعمولات التى تحددها اللائحة التنفيذية .

مادة (٧) : يكون للهيئة مجلس ادارة يصدر بتعيين رئيسه وأعضائه وتحديد مرتباتهم ومكافآتهم قرار من رئيس الجمهورية .

مادة (٨) : يختص مجلس ادارة الهيئة بتقرير السياسة التى تسير عليها لتحقيق الغرض الذى قامت من أجله والاشراف على تنفيذها وله على الأخص :

١ ــ ادارة واستثمار أموال الهيئة وأرباحها وتكوين الاحتياطيات اللازمة لهـا •

٢ ــ الموافقـة على مشروع الموازنة السـنوية للهيئة وحسـابها الختـامى •

٣ ــ وضع اللوائح الداخلية والقرارات المتعلقة بالشئون المـالية والادارية والفنية للهيئة دون التقيد بالقواعد الحكومية •

٤ ــ النظر فى كل ما يرى وزير الخزانة أو رئيس المجلس عرضه من مسـائل تدخل فى اختصاصه •

مادة (٩) : يبلغ رئيس مجلس ادارة الهيئة قرارات مجلس الادارة الى وزير الخزانة خلال أسـبوع من تاريخ صدورها لاعتمادها وتكون هـذه القرارات نافذة اذا لم يعترض عليها الوزير خلال شهر من تاريخ ابلاغها اليـه •

مادة (١٠) : تكون للهيئة موازنة خاصـة تلحق بموازنة الدولة تعد على نمط موازنات الهيئات العامة ، وتبدأ السـنة المـالية للهيئـة ببداية السنة المـالية للدولة وتنتهى بانتهائها •

مادة (١١) : تعفى من جميـع أنواع الضرائب والرسـوم أموال الهيئة وايراداتها وما تؤديه من معاشات واعانات وقروض كمـا تعفى الطلبات والشهادات المتعلقة بها من جميع أنواع الرسوم •

مادة (١٢) : يكون للأموال المستحقة للهيئة لدى الغير بمقتضى أحكام هـذا القـانون امتياز عام على جميع أموال المدين وتسـتوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية وللهيئة تحصيل أموالها بطريق الحجز الادارى •

مادة (١٣) تباشر الهيئة نشـاطها دون التقييد بأحكام القـانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ م باصدار قانون البنوك والائتمان •

مادة (١٤) : مع عدم الاخلال بأحكام المادة الأولى يسرى على العاملين بالبنك قانون نظام العاملين بالقطاع العام[1] •

مادة (١٥) : يلغى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٨ بانشاء وتنظيم صندوق مساعدة طلاب الجامعات والمعاهد العليا وتحل الهيئة محل الصندوق فى حقوقه والتزاماته ويؤول اليها صافى أصوله وخصومه وينقل الى الهيئة جميع العاملين بالصندوق بذات درجاتهم ومرتباتهم ويجوز من وزير الخزانة استمرار العمل بالأحكام والقواعد المعمول بها فى الصندوق فى شأن مساعدة طلاب الجامعات والمعاهد العليا وذلك حتى صدور اللائحة التنفيذية •

مادة (١٦) : تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من وزير الخزانة بناء على ما يقترحه مجلس ادارة الهيئة •

مادة (١٧) : يكون لوزير الخزانة سلطات واختصاصات مجلس ادارة الهيئة ورئيسها حتى يتم تشكيله •

مادة (١٨) : ينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ، وتكون له قوة القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره •

صدر برئاسة الجمهورية فى ٣ شعبان سنة ١٣٩١ هـ (٣ سبتمبر سنة ١٩٧١ م) •

أنور السادات

* * *

---

(١) انظر : المادة رقم (١٤) من قانون انشاء بنك فيصل الاسلامى المصرى والمادة رقم (٦) من قانون انشاء بنك فيصل الاسلامى السودانى•

٥ ـ مرسوم بتأسيس بنك دبى الاسلامى

(شركة مساهمة عامة محدودة)

نحن راشد بن سعيد آل مكتوم حاكم امارة دبى .

بما أنه بموجب عقد التأسيس والنظام الأساسى المؤرخين فى ١٠/٣/١٩٧٥ والمرفق بهذا المرسوم نسخة من كل منهما قد ألف السادة التالية أسماؤهم :

١ ـ سعيد أحمد لوتاه .

٢ ـ ناصر راشد لوتاه .

٣ ـ سلطان أحمد لوتاه .

٤ ـ محمد ناصر لوتاه .

٥ ـ عبد الله سعيد .

وجميعهم من دبى وعنوانهم : دبى ـ دولة الامارات العربية المتحدة ويشار اليهم فيما بعد بـ « المؤسسين » جماعة الغرض منها انشاء شركة مساهمة عامة محدودة فى دبى بمرسوم يصدر من قبلنا .

وبناء على طلب المؤسسين المؤرخ فى ١٠/٣/١٩٧٥ . فقد رسمنا ما هو آت :

أولا : تؤسس فى دبى بموجب هذا المرسوم شركة مساهمة عامة محدودة تسمى « بنك دبى الاسلامى » ويشار اليها فيما يلى بـ « بالشركة » .

ثانيا : يحدد رأس مال الشركة المصرح به بمبلغ خمسون مليون درهم يقسم الى مائة ألف سهم قيمة كل سهم خمسمائة درهم . ويكتتب المؤسسون بعشرة آلاف منها بالنسب المبينة فى العقد التأسيسى وتطرح الأسهم الباقية ومقدارها تسعون ألف سهم المساهمة من قبل مواطنى دولة الامارات العربية المتحدة على أنه تجوز المساهمة فى هذه الشركة

لغير مواطني دولة الامارات العربية المتحدة بموافقة سمو الحاكم بناء على تنسيب من مجلس ادارة الشركة ٠

ثالثا : تنظم الشركة وتدار بموجب العقد التأسيسي والنظام الأساسي المشار اليهما والموقعين من المؤسسين وذلك مع مراعاة أحكام هذا المرسوم ٠

رابعا : تكون مدينة دبي المركز الرئيسي للشركة ٠ ولا يجوز للشركة أن تنشيء لها فروعا أو مكاتب أو وكالات في امارة دبي أو خارجها الا بعد الحصول على الموافقة الخطية لحكومة دبي ٠

خامسا : تكون مسئولية كل مساهم في الشركة محدودة بمقدار المبلغ غير المدفوع من قيمة أسهمه في الشركة ٠

سادسا : تكتسب الشركة شخصية قانونية مستقلة ومتميزة عن شخصيات أعضائها ولها الحق كشخص قانوني وباسمها التجاري أن تقوم بجميع أعمال الاستثمار والتمويل والخدمات المصرفية وغير ذلك مما هو منصوص عليه في عقد تأسيسها ٠

سابعا : لا يجوز للشركة أن تنضم أو أن تندمج في أية شركة أو هيئة أخرى أو أن تساهم في رأس مال أي بنك مرخص آخر الا بموافقة حكومة دبي الخطية ٠

ثامنا : لا يجوز للشركة أن تعدل عقدها التأسيسي أو نظامها الأساسي أو أن تضع أية أنظمة أخرى مغايرة لأحكام هذا المرسوم الا بموافقة حكومة دبي للحيطة ٠

تاسعا : لا يجوز للشركة أن تنهي أعمالها أو أن تتوقف عنها الا باذن خطي من حكومة دبي ووفقا للشروط التي تضعها الحكومة ٠

عاشرا : على الشركة أن تقتطع كل سنة نسبة من أرباحها الصافية لا تقل عن عشرة في المائة وتخصيصها لحساب احتياطها القانوني حتى يساوي هذا الاحتياطي رأس مال الشركة المصرح به ٠

حادى عشر : تقدم الشركة لحكومة دبى فى بداية عملها ومن ثم فى بداية كل سنة ميلادية قائمة بأسماء أعضاء مجلس الادارة والعضو المنتدب ــ ان وجد ــ ومديرى الشركة ، كما تبلغ الحكومة عن كل تغيير يطرأ على هذه القائمة خلال ثلاثة أشهر من ختام كل سنة ميلادية صورة من تقريرها السنوى، وميزانيتها السنوية مصدقة من مراقب حسابات قانونى .

ثانى عشر : تخضع الشركة لأحكام القوانين والأنظمة المعمول بها فى امارة دبى .

صدر فى هذا اليوم ٢٩ من صفر ١٣٩٥ هـ الموافق لهذا اليوم ١٢ من مارس ١٩٧٥ م .

راشد بن سعيد آل مكتوم

حاكم امارة دبى

* * *

بنك دبى الاسلامى ــ شركة مساهمة عامة محدودة

عقــد التأسيس

● **أحكام الشريعة الاسلامية :**

تلتزم الشركة بصفة أساسية ، بأن تقوم بجميع أعمالها طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية أخذا وعطاء .

* * *

٦ ـ مرسوم بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٧
بالترخيص فى تأسيس شركة مساهمة كويتية
باسم (بيت التمويل الكويتى)

نحن صباح السالم الصباح أمير الكويت

بعد الاطلاع على الأمر الأميرى الصادر بتاريخ ٤ من رمضان سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ٢٩ من أغسطس سنة ١٩٧٦ م بتنقيح الدستور •

وعلى المواد ٢ ، ٢٠ ، ١٣ من الدستور •

وعلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ باصدار قانون الشركات التجارية والقوانين المعدلة له •

وعلى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٦١ باصدار قانون التجارة المعدل بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٢ والقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٧٦

وعلى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ فى شأن النقد وبنك الكويت المركزى وتنظيم المهنة المصرفية •

وبناء على عرض وزير الأوقاف والشئون الاسلامية ووزير التجارة والصناعة ووزير العدل ووزير المالية •

وبعد موافقة مجلس الوزراء •

أصدرنا القانون الآتى نصه :

مادة أولى

يرخص لوزارة الأوقاف والشئون الاسلامية ووزارة العدل (ادارة شئون القصر) ووزارة المالية فى تأسيس شركة مساهمة كويتية باسم « بيت التمويل الكويتى » برأس مال قدره عشرة ملايين دينار •

مادة ثانية

على المؤسسين ــ بصفتهم ــ الالتزام بوثيقة تأسيس الشركة ونظامها الأساسى ، وترافق هذا القانون صورة رسمية من كل منهما ٠

مادة ثالثة

لا يمنح هذا الترخيص الشركة المذكورة أى احتكار أو امتياز ولا تترتب عليه أية مسئولية على الحكومة ٠

مادة رابعة

على الوزراء ــ كل فيما يخصه ــ تنفيذ هذا القانون ٠ ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ٠

أمير الكويت
صباح السالم الصباح

رئيس مجلس الوزراء
جابر الأحمد الجابر الصباح

وزير الأوقاف
والشئون الاسلامية
يوسف جاسم الحجى

وزير العدل
عبد الله ابراهيم المفرج

وزير التجارة والصناعة
عبد الوهاب يوسف العتيقى

صدر بقصر السيف فى ٣ ربيع الآخر ١٣٩٧ هـ (الموافق ٢٣ مارس ١٩٧٧ م) ٠

***

مذكرة ايضاحية

لمرسوم بقانون

فى شأن تأسيس شركة مساهمة كويتية باسم

(بيت التمويل الكويتى)

يقوم النشاط المالى والتجارى فى الكويت على مجموعة من القواعد القانونية التى يشكل أساسها قانون الشركات التجارية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ وقانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١ والقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ بشأن النقد وبنك الكويت المركزى وتنظيم المهنة المصرفيه وهى فى جملتها أحكام تساير النظم المعاصرة التى تفسح لتقاضى الفوائد بين المتعاملين حيزا كبيرا فى الحياة التجارية وبخاصة فى المعاملات التى تجرى بين المصارف وعملائها .

واذا كانت الشريعة الاسلامية قد حرمت التعامل بالربا عملا بقوله تعالى : **« يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين . فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله ، وأن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون »**(١) .

« صدق الله العظيم »

الا أن كثيرا من الأحكام فى هذا الموضوع كانت ما تزال محل خلاف بين الفقهاء وما زال البحث يدور بين العلماء فى المؤتمرات ومراكز البحوث والدراسات الاسلامية حول ما يدخل فى باب الربا وما لا يدخل وما هو حكم الفوائد والأرباح والعائد فى كثير من العقود وخاصة ما استحدث من صور جديدة للمعاملات والاستثمار والنشاط الاقتصادى وما يتم منها بواسطة الدولة والأشخاص المعنوية .

---

(١) البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩

ومع ذلك فانه لغنى عن البيان أن الاتجاه الآن يسير نحو استلهام مبادىء الشريعة الاسلامية وجعلها مصدرا أساسيا فى التشريع وكان الدستور الكويتى من أسبق الدساتير الحديثة التى قننت هذا الاتجاه .

لذلك بادرت الحكومة الى تأسيس شركة مساهمة كويتية تقوم بالنشاطات المالية وأعمال التأمين وأوجه الاستثمار المختلفة مع استبعاد عنصر الفائدة أو الربا طبقا لما هو مبين فى النظام الأساسى لهذه الشركة .

ولما كان قيام مثل هذه الشركة يقتضى أن يتم بقانون خاص يكفل لها عدم التقيد بأحكام القوانين الحالية فيما يتعارض مع طبيعة نشاطها وما ورد فى نظامها الأساسى مع خضوعها لأحكام هذه القوانين فيما عدا ذلك .

ولذلك رؤى استصدار هذا القانون .

* * *

COMPANIES LAW

(Chapter 113 and Laws No. 28/1974 and 7/1977)

CYPRUS ISLAMIC BANK

MEMORANDUM OF ASSOCIATION

1 — The name of the Company is « Cyprus Islamic Bank ».

2 — The head office of the Company is at Lofkosa.

3 — The Company will carry out banking business exolusively. Due to this the objects for which the Company is established are the following :

(a) The carrying out of any banking business in Cyprus allowed by the Laws of the Turkish Federated State of Cyprus i. e. the acceptance of deposits, giving and receiving any credits and guarantees including those with mortgage, and for forming wholly or partly any banking services and transactions connected with these in any other line with regard to banking .

(b) While carrying out banking business :

(1) to becomo the owner of movable and immovable property and to carry out the necessary transactions connected with any of them ;

(11) to carry out any transactions in connection with deposits, (currant account and savings account) setting aside of funds to cover expenses, deposits in the « Investment Fund

Account » , foreign exchange, lending, finance, disposals, credits, security, guarantes, commercial transactions etc.,

RELIGIOUS CONTROL

104 — There shall be appointed a control commission consisting of not more than five persons The remuneration of the members of the Religious Control Commiss on who win be appointed by the Board of Managemant of the Bank and of the Institute at every three years shall be determined by such boards. The Religious Control Commission shall see to the conformity of the functions of the bank to Islamic principles.

❊ ❊ ❊

ثالثا ــ أهم النتائج والتوصيات(١) :

لا شك أن الأصول الفقهية التى تحدثنا عنها فى اطار هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية والمعاركة العمليــة التى يتسم بها النشــاط المــالى والمصرفى فى البنوك والمؤسسات المــالية الاسلامية والتجربة الميدانية فى واقع عمل « الهيئة الشرعية » فى تلك المؤسسات لا بد من الخلوص الى مجموعة من النتائج والتوصيات تعبر عن ثمرة هذا البحث الفقهى الميدانى ومن أهم ما يجب أن نلفت الانتباه اليه ــ اذا صدقت النيــه وخلص العمل لله وللناس أجمعين ــ ما يأتى :

١ ــ ضرورة انشاء ادارة أو هيئة للفتوى والمتابعة الشرعية لا تقل شــأنا عن أية ادارة أخرى فى البنك أو المؤسسة المــالية من الناحيــة الادارية والتنظيمية والفنية .

٢ ــ ضرورة الالتزام بالحــد الأدنى من الضــوابط الشرعيــة التنظيمية فيما يتعلق بشروط ومواصفات أعضاء الهيئة الشرعية والحد الأدنى من العدد وهو ثلاثة .

٣ ــ تمثيل الهيئة الشرعية فى مجلس الادارة وحتى لو لم تكن ذات صــوت معدود عند التصويت على القرارات .

٤ ــ ضرورة عرض القرارات الاستثمارية أو التشغيلية على الهيئة قبل دخولها مرحلة التنفيذ العملى لابداء الرأى الشرعى فيها .

٥ ــ أن يكون الرأى الشرعى ملزما .

٦ ــ أن يكون للهيئة الشرعية سلطة أو حــق طلب أية معلومات

---

(١) تم اعداد وصياغة هذه النتائج كأهم ما يهم البرامج التدريبية فى مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ووفقــا لخططه التدريبية التى يعدها المركز بمتخصصيه .

أو بيانات أو أوراق ومستندات تراها لازمة للفحص والتدقيق وبيان وجه الحق فى مسألة من المسائل •

٧ ـ أن يكون للهيئة جلسات دورية منتظمة فى مقر العمل وفقا للائحة داخلية تنظم عملها •

٨ ـ أن يأتى اختيار أعضاء الهيئة على وجه الخصوص بالانتخاب الحر المباشر من قبل الجمعية العمومية دون أن يكون لأى مساهم سوى صوت واحد بصرف النظر عن عدد أسهمه واذا جاز القول بغير ذلك فى غير ذلك من الأمور الا أنه مما يجب الأخذ به فيما يتعلق باختيار أعضاء الهيئة الشرعية كنوع ضمانة وحيدة موضوعية فى اختيار أعضائها •

٩ ـ أن تنظم الهيئات الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية فيما بينها لقاءات دورية ربع أو نصف سنوية على الأكثر لعرض ما انتهت اليه من آراء وفتاوى شرعية فى دائرة عملها •

١٠ ـ تحدد الجمعية العمومية مكافآت وبدلات أعضاء الهيئة الشرعية •

تلك عشرة كاملة نسأل الله تعالى أن يشرح لها صدور المهتمين والقائمين على البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية •

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه فى الأولين والآخرين صلاة دائمة الى يوم الدين ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين •

* * *

المبحث الرابع

الهيئة الشرعية ورسالة البيان والتغيير

● تمهيـــــد :

ان الدور المتميز فى عمل البنوك والمؤسسات المـالية الاسـلامية ينفرد بما يوجـد ضمن مكوناتها النظاميـة ما اصطلح على تسـميته بـ « الهيئة الشرعية للبنك » واذا كانت هذه المؤسسات تقوم على أداء وطريقة عمل لا مكان فيهـا للربا بجميع صـوره ومن ثم تتمتع بصـيغ وأشكال استثمارية اسـلامية تنفرد بها فى منهج عملها سبق الحديث عنها تفصيلا فان ذلك يستلزم ويستتبع بيان كل ذلك للناس •

وصدق الله العظيم القائل : ﴿ **هذا بيان للناس وهدى وموعظة للمتقين** ﴾(١) •

ويقول تعالى : ﴿ **خلق الانسان • علمه البيان** ﴾(٢) •

وهذا البيان تضطلع برسالته الهيئة الشرعية فى البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية توطئة لاحداث التغيير المنشـود فى الواقع والعرف وهـذا البيان لرسالة ودور البنك الاسلامى قائم على الحكمة والموعظة الحسنة وأيضا بالمجادلة بالتى هى أحسن ؛ فذاك طريقان تقتضى الحكمة التخير أو الجمع بينهما بحسب الأحوال وهما :

الطريق الأول : الحكمة والموعظة الحسـنة ؛ والطريق الثـانى : المجادلة بالتى هى أحسن •

---

(١) آل عمران : ١٣٨ (٢) الرحمن : ٣ ، ٤

والمجادلة تقتضى الاستعداد بما هو أحسن دائما حتى يتم النصر للمتقين وأهل الطهر والفضل •

والهيئة الشرعية اذ تضطلع بهـذا الدور لا تنفصل عن الواقع وما يكتنفه من اعلام ومعلومات وقيم ومبادىء ، وكذلك فان الهيئة تبين للناس وسائل التغيير المنشود وأدواته الفعالة فى تحقيق المقاصد والأهداف وتتناول هذين الموضوعين فيما يلى :

أولا ــ محددات الاطار العام للهيئات الشرعية :

١ ــ الاعلام ومشتقاته أو ما يتفرع عنه :

الاعلام والنبأ صنوان لا ينفكان ، فلا اعلام بغير نبأ ولا نبأ معلوم بغير اعلام •

وقد جمع الأمران فى قوله تعالى : **﴿ عم يتساءلون • عن النبأ العظيم • الذى هم فيه مختلفون • كلا سيعلمون • ثم كلا سيعلمون ﴾(١)** •

ويعبر علماء الادارة والتسويق عن ذلك « النبأ » بالتسويق وفن البيع القائم على مجموعة من المعارف الأساسية من أهمها :

ــ ماذا يتم تسويقه وبيعه ؟ ولمن ؟ وكيف ؟ وذلك فيما نحن بصدده •

ونحاول الاجابة أو وضع اطار عام للاجابة عن هـذه التساؤلات الثلاثة على النحو التالى :

٢ ــ ماذا تقدم المؤسسات المالية الاسلامية ؟ (ماذا) :

مما لا شك فيه أن الاعلام يتضمن الاعلان ومشتقاتهما من الدعاية والاتصال الشخصى ••• عما يجب بيعه أو تسويقه من الخدمات

---

(١) النبأ : ١ ــ ٥

والاستثمارات فى البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية وما يتعين أن يتسم به نظام الخدمات من اليسر والسهولة زمانيا ومكانيا وأن يكون على نحو أكفأ .

وكذلك نظام الاستثمارات يجب أن يكون أوسع وأشمل فصيغ الاستثمار الاسلامية لا تتناهى بحسب متطلبات البيئة والواقع .

ومؤدى ذلك أن التسويق بأنشطته المترابطة يقوم على الأفضل والفضيلة فى المنهج الاسلامى فيما يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية وتتمثل الفضيلة الأولى بأجلى معانيها عدم التعامل بالربا أخذا وعطاء تطهيرا للمال والنفس والمعاملات كما تتمثل فى فضائل الصدق والأمانة من أهم ما يجب أن يلتزم بهما البنك الاسلامى فى معاملاته وكذلك فضائل عدم الاستغلال والغبن والاحتكار ...

ويتمثل الأفضل فى عملية التسويق أيضا فى أوجه التمييز التى يتمتع بها المصرف الاسلامى من وجود نظام القرض الحسن القائم على قاعدة راسخة من نظام الزكاة فيه ، وكذلك النظام الادخارى القائم على خلق الرغبة الادخارية لاشباع الدوافع المختلفة وبخاصة الانتاجية .

ونظام المشاركات يقوم على مبدأ ((**نحن معك والله معنا**)) فالمشاركة قائمة على المشاركة بين البنك والمتعاملين معه مشاركة وفقا للصيغة المختارة والملائمة وفقا لسياسة تحقيق أعلى نسبة ربح متوقع

وأقل نسبة مخاطر ممكنة (المخاطر / الربح) < وكذلك وفقا لسياسة تحقيق ≥

أعلى درجة ممكنة من الانضباط الادارى مع اعطاء الفرصة للتعبير

عن الارادة (الادارة / الارادة) فى اطار المصلحة المبتغاة .

وذلك متحقق فى الجزء الأول من مبدأ ((نحن معك)) أما الجزء

الآخر « والله معنا » فمرده الى الحديث القدسى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يقول الله تعالى : « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خانه خرجت من الشركة »[1] .

وأخرج أبو داود وروى الحاكم فى مستدركه والبيهقى فى سننه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا فاذا تخاونا محقت تجارتهما فرفعت البركة منها »[2] .

● المعلومات المتاحة :

المعلومات التى تقدم للمتعاملين مع البنك محدد رئيسى فى عملية التسويق وهو ما يسمى فى علم الادارة والتسويق « بالترويج » Promotion وهذا دور رئيسى وهام لرجال هيئات الفتوى الشرعيه فى البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية باعتبار الهيئة الاجتماعية لأعضائها والقائمة على الثقة والاطمئنان الدينى الى الأحكام الشرعية التى تصدرها الهيئات لشرعية فى هذه المؤسسات المالية .

وما يجب أن يتوفر فى هذه المعلومات من عدم المبالغة ومبلغ ما يجب أن تقوم عليه من صدق ، فعدم المبالغة فى الدعاية والاعلان شرط أساسى وجوهرى فيما تقدمه البنوك الاسلامية من معلومات وبيانات واحصاءات .

ووسائل تقديم المعلومات للمستفيد من هذه المؤسسات تتنوع وتتعدد ولا تنحصر فى وسيلة بعينها وأهمها « الاتصال الشخصى » ويجد سنده الشرعى الرصين فيما كان يفعله الرسول صلى الله عليه وسلم من عرض نفسه على القبائل فى مواسم الحج وغيره ، ومن ايفاده المبعوثين والرسل لتبليغ رسالته فضلا عما يجب أن يتحلى به هؤلاء

(١) رواه أبو داود وصححه الحاكم ورواية الدارقطنى : « فاذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » ـ سبل السلام ج ٣ ص ٨٦

(٢) الروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير لشرف الدين الحسينى الصنعانى ج ٣ ص ٣٦٢ ط . السعادة سنة ١٩٤٩ م .

المبلغون من ذكاء ولباقة وحسن تصرف وقدرة واحاطة تامة بما يبلغون ، ففاقد الشيء لا يعطيه .

● **القيم والمبادىء :**

ان المناخ العام الذى تعمل فيه البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية تسوده مجموعة من المبادىء والقيم فى كل نواحى الحياة الاجتماعية والقانونية والاقتصادية وغيرها ، وهذه المبادىء والقيم النسبيه قد تصطدم بها أو تتعارض معها ما تدعو اليه وتقوم عليه هذه المؤسسات وهذا يتطلب المزيد من الحكمة فالبقاء فى النهاية للأفضل ، وما يستقر فى وجدان الناس من حقائق .

ولا شك أن ما تقدم يعكس جانبا كبيرا من رسالة البيان والتغيير التى تتحملها المؤسسات المالية الاسلامية وهو ما تتناوله تفصيلا فيما يأتى :

٣ ـ مع من يتم تعامل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ؟ (لمن) :

لا شك أن منهج عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية قائم على المحلية والعالمية وكل الناس فى آن واحد والتنسيق بين هذه القطاعات مسألة سياسة مصرفية تحكمها مجموعة من المبادىء والمصالح الشرعية التى يحكمها ضرورة ايجاد نوع من التوازن بين الكلى والجزئى ومن ثم المصلحة العامة والمصلحة الخاصة .

٤ ـ كيفية التعامل ؟ (كيف) :

تثور هنا مجموعة من المسائل الأساسية هى :

(أ) مقاصد الشريعة الاسلامية وارتباطها بالأحكام الشرعية :

مصادر التشريع الاسلامى عديدة ولكنها مردودة الى مصدرين رئيسين هما :

ـ القرآن الكريم •
ـ السنة النبوية المطهرة •

وتعدد المصادر التشريعية يتسع ليضفى صلاحيه لكل زمان ومكان وحــال •

والمقاصد الشرعيه العليا يجرى تحقيقها فى الوافع والعرف وفــق اولويات محددة ومنضبطة حتى تآتى موفية بالحاجات الانســانية وتتمثل فى ثلاث مراتب هى على الترتيب :

ـ الضروريات • ـ والحاجيات •
ـ والتحسينيات •

ويتمثل ضبط هذه المقاصد من الوجهة الشرعية فى أن الضروريات يتم الوفاء بها وفق أولويات مرتبطة ومتتابعة هى :

١ ـ حفظ الدين • ٢ ـ حفظ النفس •
٣ ـ حفظ العقل • ٤ ـ حفظ المـال •
٥ ـ وحفظ النســل •

ولكى يأتى تحقيق هذه المقاصد وفق أحكام الشرع ارتبطت هــذه الأولويات بمراتب الحكم الشرعى من الواجب والمندوب والمباح ••• وكلها مما هو مطلوب فعله بحسب الجهة المذكورة ، فيكون الفعل مطلوب الاتيان على جهة الوجوب اذا كان من الضروريات ، أو على جهة الندب اذا كان من الحاجيات ، أو على جهة الاباحة اذا كان من التحسينيات على تفصيل فى ذلك(١) •

وعلى هــذا الأساس كانت درجات الاشباع الاقتصادى فى اطار حدها الأعلى تعسل مجتمعة فى المنهج الاسلامى وفق أولوياتها من المقاصد الشرعية ، فما يسمى بحد الكفاف مطلوب على جهة الوجوب كحد أدنى

---

(١) انظر الموافقات للشاطبى جـ ١

واجب الاشباع من الضروريات ، وما يسمى بحـد الكفاية مطلوب على جهة الندب كحد أعلى واجب الاشباع من الحاجيات •

أما الغنى فمن التحسينيات على جهة الاباحة يجد حده المحظور في الترف المتمثل في الاسراف والتبذير فليس الغنى بحديه المـانع من أخذ الزكاة والموجب لدفع الزكاة مما يبغضه الاسلام بل حث عليه ولا يجب أن يختلط ذلك بمسألة عدم تركيز الثروة في الاسلام لقوله تعالى :

﴿ كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ، وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ، واتقوا الله ، ان الله شديد العقاب ﴾(١) •

فالغنى مرتبط بالسعي والجد فيه تنفيذا لمقصـد الاستخلاف في الأرض وعمارة الأرض •

والدولة مرتبطه بعدالة التوزيع بعد ذلك بطرائقها الشرعية •

وفي اطار هذه الأولويات الشرعية مرتبطة بأحكامها الشرعية تعمل آلية الاستثمار في البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية وفقا لمعاييرها وضوابطها الشرعية المذكورة تفصيلا في مواضعها من البحث بصدد كل صيغة وأسلوب من أساليب الاستثمار الاسلامية التي لا تتناهى بحسب متطلبات الواقع والعرف وتحقيق مصالح العباد فيتحقق بذلك أمران على جانب عظيم من الأهمية في ممارسات ونشـاطات البنوك والمصـارف والمؤسسات المـالية الاسلامية ، وهي :

أعلى نسبة من الربح المتوقع •

أقل نسبة ممكنة من المخاطر وفقا لمعادلة (الربـح > / المخـاطر <) •

(ب) الاقناع المولد للثقـة :

تقوم منهجية العمـل المصرفي الاسـلامي ابتداء على الاقناع حتى

---

(١) الحشر : ٧

يقبل الناس على التعامل مع تلك المؤسسات ويستمرون على ذلك ، ومرجع ذلك الى الأصل الكلى المأخوذ من قوله تعالى : ﴿ **لا اكراه فى الدين ، قد تبين الرشد من الغى** ﴾(١) .

وكيف يتصور اكراه فى دين يتفق مع فطرة الانسان بل هو الفطرة التى فطر الناس عليها لقوله تعالى : ﴿ **فطرة الله التى فطر الناس عليها ، لا تبديل لخلق الله** ﴾(٢) .

وخير وسيلة للاقناع القول والعمل المنفذ له أو أن يأتى الفعل مطابقا للقول والا كانت خصلة النفاق المذمومة والرذيلة الممجوجة الممقوتة شرعا يقول الله تعالى : ﴿ **لم تقولون ما لا تفعلون . كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون** ﴾(٣) .

والاقناع والثقة هما الهدف النهائى لعملية « التسويق » وما تشمله من عملية « الترويج » فهما موجهان الى « العميل » أساسا الذى يعتبر بحق جوهر عمل ونشاط البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية . وليس « المتعاملين » مع البنك الاسلامى فقط وان كانوا الهدف المباشر ، بل أيضا المستفيدون من هذه النشاطات والاستثمارات فى واقع الناس .

(جـ) **التقييـــــم :**

ونقصد به هنا المحصلة النهائية لهذه السلسلة المترابطة من المقاصد المرتبطة بأحكامها الشرعية وما تتولد عنه من نشاطات واستثمارات فى العمل المصرفى الاسلامى وما يتولد عنها فى النهاية من اتخاذ الشخص ــ سواء أكان طبيعيا أو معنويا ــ قراره بالتعامل مع هذه المؤسسات الاسلامية من عدمه فذاك مناط الأمر المبنى على الثقة والاقتناع .

* * *

---

(١) البقرة : ٢٥٦ (٢) الروم : ٣٠
(٣) الصف : ٢ ، ٣

ثانيا ـ وسائل وأدوات البيان والتغيير :

تتنوع هذه الوسائل والأدوات فى المنهج الاسلامى استنادا الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فقلبه ، وذلك أضعف الايمان » (رواه مسلم) •

وأدوات التغيير المنشودة فى الحديث الشريف تتمثل فى ثلاث هى :

ـ اليـد •　　　　ـ اللسـان •
ـ القلب •

وصدق الصادق المصدوق صلى الله عليه وسلم فقد أوتى جوامع الكلم وعلينا أن نتفهم معطيات كل أداة بحسب ظروف كل زمان ومكان وحـال •

١ ـ فاليد لا تعنى السلطة فقط بل ان من أهم ما تدل عليه العمل والانتاج اذا كانت مشكلة الناس تكمن فى ذلك • وقد تعنى تحـديد الاختصاصات والسـلطات فى جهـاز التنظيم الادارى والمـالى والفنى وما يترتب على ذلك من لوائح وتنظيمات وتنفك بذلك مشـكلة كؤد مشكلة التنظيم وهكذا •••

٢ ـ واللسان كأداة تغيير لا ينحصر فى القول وانما يشمل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر • ولعلنا لا نرى فى زماننا الا التخلف من أشد أنواع المنكر ، ومن ملك عليك قوتك سلبك ارادتك • كما يشمل البلاغ والعلم والفكر أيضا وهكذا •••

٣ ـ القلب كأداة تغيير من الممكن أن يؤخذ بالمعنى اللغوى وهو جوهر الأمر وسنامه أو بالمعنى الحسى المحرك لكافة أعضاء الجسم وذلك لا ينفك أيضـا عن المعنى اللغوى أو بالمعنى العـام وهو الرأى العـام المستنير كوسيلة فعالة وأداة مضاعفة لاحداث التغيير المنشـود وتحقيق

المقاصد الشرعية المنشودة وفق الأولويات السابقة وذلك بحسب مقتضى الحــال والحاجة وهكذا ...

والهيئة الشرعية فى المؤسسات الاسلامية تقوم بالدور الرئيسى فى هذا المضــمار ومن هنــا احتلت مكانتها التنظيمية فى هيكل البنــك أو المؤسسة المــالية تعمل وفق نظام فعال على ما أسلفنا ، والله المستعان.

* * *

ملحـــــق رقم (١) :

نموذج لائحة الهيئة الشرعية فى الجهة المعنية
(المصرف أو المؤسسة المـالية)

بعد الاطلاع على قانون والنظام الأساسى

وبعد الاطلاع على المـادة من

ومراعاة لمقتضيات مصلحة العمل •

تقـــــرر :

أولا ــ تشكيل الهيئة الشرعية :

مادة (١) : تشكل الهيئة الشرعية من ثلاثة أعضاء على الأقل من العلماء الثقات يختارون رئيس الهيئة من بينهم •

مادة (٢) : يشترط فى عضو الهيئة الشرعية ما يأتى :

(أ) أن يكون محمود السيرة حسن السمعة مشهود له بالايمان والتقوى وعدم التساهل •

(ب) التحصيل الغزير والانتاج العلمى فى الفقه الاسلامى المقارن •

(جـ) العلم التـام بأصول الشريعة ومقاصدها ومصادر الأحكام والدربة العملية فى ذلك •

مادة (٣) : تنتخب الجمعية العمومية أعضـــاء الهيئة الشرعية فى دورتها العادية ويجوز اعادة انتخابهم وتحدد أتعابهم •

ثانيا ــ اختصاصات الهيئة :

مادة (٤) : تختص الهيئة بالفتيا وابداء الرأى الشرعى فى الأعمال والعمليات التى تجريها الجهة المعنية (المصرف أو المؤسسة) ودون التعصب لمذهب فقهى معين •

مادة (٥) : تصمم الهيئة نماذج عقود المعاملات النمطية وتعيد النظر فيها كلما اقتضت الحاجة ذلك •

مادة (٦) : تقديم المشورة الشرعية الى ادارة الجهة المعنية (المصرف أو المؤسسة) كلما عن لها ذلك •

مادة (٧) : متابعة تنفيذ الفتاوى والآراء التى سبق اصدارها من الهيئة •

مادة (٨) : لا يتوقف ابداء الرأى أو الفتيا على طلب ويكون ملزما فى جميع الأحوال بحسبانه الحكم الشرعى واجب الاتباع •

مادة (٩) : يحضر رئيس الهيئة اجتماعات مجلس الادارة ولا يكون له صوت معدود فى اصدار القرارات ويجوز له التنبيه الى مايرى مخالفته لأحكام الشرع •

ثالثا ـ اجتماعات الهيئة :

مادة (١٠) : تجتمع الهيئة فى مقر الجهة المعنية (المصرف أو المؤسسة) بصفة دورية منتظمة لا تزيد عن شهر ، ويجوز لها عقد بعض اجتماعاتها خارج تلك الجهة أو فى أحد الفروع •

مادة (١١) : يكون للهيئة أمانة دائمة فى مقر الجهة المعنية تكون حلقة الاتصال فى كل ما يتعلق بنشاط الهيئة وتتولى المهام التالية :

(أ) الاعداد لاجتماعات الهيئة •

(ب) أعمال الوارد والصادر الخاصة بالهيئة •

(ج) تجميع وتصنيف فتاوى وآراء الهيئة واعدادها للطبع والنشر والتوزيع •

(د) استيفاء المعلومات والبيانات والمستندات اللازمة لعمل الهيئة •

مادة (١٢) : تصدر الفتاوى والآراء بالاجماع كلما أمكن وبالأغلبية اذا اقتضى الأمر ذلك مع تدوين الرأى المخالف .

مادة (١٣) : تستعين الهيئة فى أدائها لعملها بمن ترى الاستعانة بهم بصفة دائمة أو مؤقتة من ذوى التخصصات الأخرى واللازمة لاجلاء وجه الحق فى المسائل المطروحة على الهيئة .

مادة (١٤) : تدعو الهيئة الى اجتماع عام دورى وفيما عدا ذلك كلما اقتضت الحاجة ذلك تحضره الهيئات الشرعية النظيرة لبحث ومناقشة موضوع أو أكثر وابداء الرأى فيه نظرا لأهميته وعموميته .

مادة (١٥) : لا يصح اجتماع الهيئة اذا لم يحضر ثلاثتهم اذا كانوا ثلاثة أو الأغلبية اذا زاد العدد عن ثلاثة .

رابعا ـ احكام ختامية :

مادة (١٦) : تعد الهيئة تقريرا دوريا كل ثلاثة أو ستة أشهر بنتائج أعمالها وانجازاتها وتعميمه ، كما تعد تقريرا سنويا آخر تضمنه اقتراحاتها للعرض على الجمعية العمومية العادية .

* * *

ملحـــــق رقم (٢) :

نموذج لائحـــة

الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية
بالاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية

بعد الاطلاع على المـادة ١٦ من اتفاقية انشـاء الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية عام ١٣٩٧ هـ (١٩٧٧ م) •

وعلى قرار مجلس الاتحـاد فى اجتماعه الثانى بتاريخ ١٦ من ذى الحجة ١٣٩٧ هـ (٢٧ من نوفمبر ١٩٧٧ م) •

وعلى قرار مجلس الاتحاد بتاريخ ٦ من ربيـع الأول ١٤٠٣ هـ (٢٢ ديسمبر ١٩٨٢ م) وتيسيرا لقيام الهيئة بابداء الرأى والرقابة والتوجيه للبنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية الأعضـاء بالاتحـاد فيما يختص بالمعاملات المـالية •

توصى الهيئة مجلس الاتحاد باصدار اللائحة التالية :

البـــاب الأول
انشـــاء الهيئـــة واختصاصاتها

مادة ١ ــ تنشأ بالأمانة العامة للاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية هيئة تسمى « الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية » ويشار اليها فى هـذه اللائحة بعبارة « الهيئة » •

مادة ٢ ــ تختص الهيئة بما يلى :

١ ــ دراسة الفتاوى السابق صدورها من هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك الأعضاء بالاتحاد سعيا نحو توحيد الرأى •

٢ ـ دراسة ما تصـدره هيئات الرقابة الشرعية وأجهزة الفتوى والاستشارة فى البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية الأعضاء بالاتحاد من فتاوى وابداء الرأى فى مدى التزامها بأحكام الشريعة الاسلاميه •

٣ ـ مراقبة نشاط البنوك والمؤسسات المـالية الاسلامية الأعضاء بالاتحاد للتأكد من التزامها بأحكام الشريعة الاسلاميه • وتنبيه الجهات المعنية بما قد يظهر فى هذه النشاطات من مخالفة لهذه الأحكام •

وللهيئة فى سبيل ممارسة هذا الاختصاص حق الاطلاع على قوانين ولوائح البنوك والمؤسسات المـالية الأعضاء وعلى النماذج والعقود مع ضمان المحافظة على السرية فى جميع الأحوال •

٤ ـ ابداء الرأى الشرعى فى المسائل المصرفية والمـالية التى تطلبها البنوك أو المؤسسات المـالية الاسلامية الأعضاء بالاتحاد أو هيئـات الرقابة الشرعية بها أو الأمانة العامة للاتحاد •

٥ ـ النظر فيما تعرضه عليها الهيئات والمؤسسات المـالية الاسلامية من أمور تتعلق بالمعاملات المـالية والمصرفية ، وابداء الرأى فيها •

٦ ـ تكون قرارات وفتاوى الهيئـة ملزمة للبنوك والمؤسسات المـالية الأعضاء بالاتحاد اذا صدرت بالاجماع • وللبنك أو المؤسسة المـالية العضو حق طلب اعادة العرض على الهيئة بمذكرة مفصلة • أما فى حالة الاختـلاف فى الرأى فلكل بنك أن يأخذ بأى الرأيين ، ما لم تقرر الهيئة أن المصلحة تقتضى الالتزام •

٧ ـ التصدى لبيان الأحكام الشرعية للمسـائل الاقتصادية التى جدت وتجد وتقوم عليها مصالح ضرورية فى البلاد الاسلامية •

مادة ٣ ـ ترجع الهيئة فيما تصدره من فتاوى وقرارات الى المقاصد العـامة للشريعة وقواعدها الكلية وأحكامها الجزئية المستمدة من الكتاب والسنة دون التقيد بمذهب معين •

مادة ٤ ــ يجوز للهيئة أن تشكل لجانا خاصة من بين أعضائها أو من غيرهم لابداء الرأى فى بعض الموضوعات التى تدخل فى اختصاصها .

مادة ٥ ــ اقتراح الميزانية السنوية للهيئة .

الباب الثانى

الهيكل التنظيمى للهيئة

مادة ٦ ــ تتكون الهيئة من :

١ ــ مجلس الهيئة .
٢ ــ رئيس الهيئة .
٣ ــ نائب رئيس الهيئة .
٤ ــ أمانة الهيئة .

مادة ٧ ــ مجلس الهيئة :

يشكل مجلس الهيئة من ١٥ (خمسة عشر) عضوا على النحو التالى:

١ ــ عشرة أعضاء ينتخبهم رؤساء هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك الاسلامية الأعضاء بالاتحاد لمدة ثلاث سنوات .

٢ ــ خمسة أعضاء يشترط فيهم أن يكونوا من العلماء الثقات المتحلين بسعة الافق والملمين بحاجات العصر ومتطلباته والقادرين على استنباط الحلول الاسلامية لما يواجه البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية من مشكلات دون التعصب لمذهب او رأى معين . ويتم ترشيحهم بالاقتراع السرى بواسطة أعضاء الهيئة المذكورين فى البند (١) . ويصدر بتعيينهم قرار من مجلس الاتحاد لمدة ....

مادة ٨ ــ تعقد الهيئة اجتماعا دوريا مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل وذلك بناء على دعوة رئيسها أو دعوة رئيس الاتحاد أو بناء على طلب ثلث الأعضاء اذا دعت الضرورة لذلك .

وتحـدد الدعوة مكان الاجتماع وزمانه ، ويرافقها بيان تفصيلى بالموضوعات المطلوب عرضها على الهيئة والبحوث والمذكرات وذلك قبل موعد الانعقاد بمدة لا تقل عن شهر •

ويشترط لصحة انعقاد الهيئـة أن تحضر الاجتماع الأغلبية المطلقة لعـدد الأعضاء • مع مراعاة ما ورد بالفقرة (٥) من المـادة الثانية وتصدر قرارات الهيئة مسببة بأغلبية أصوات الحاضرين • وعند التساوى يرجح الجانب الذى فيه الرئيس •

مادة ٩ ــ رئيس الهيئة :

رئاسة الهيئة دورية ، ويكون للهيئة رئيس يختاره أعضاؤها دوريا بالاقتراع السرى لمدة سنة •

يختص الرئيس بما يأتى :

١ ــ تمثيل الهيئة أمام الغير •

٢ ــ الدعوة لاجتماعات الهيئة •

٣ ــ تولى رياسة وادارة الجلسات •

٤ ــ توقيع محاضر جلسات الهيئة مع أمين الهيئة •

٥ ــ اعداد تقرير دورى بنشاط الهيئة وانجازاتها كل ستة أشـهر للعرض على مجلس ادارة الاتحاد •

مادة ١٠ ــ نائب الرئيس :

يكون للهيئة نائب لرئيسها يختاره أعضاؤها بالاقتراع السرى لمدة سـنة قابلة للتجديد • ويعاون الرئيس فى أعماله وينوب عنـه عنـد غيـابه •

مادة ١١ ــ أمانة الهيئة :

يكون للهيئة أمين يختاره أعضاؤها من بينهم بالاقتراع السرى لمدة سنتين قابلتين للتجديد •

ويعاون أمين الهيئة فى أداء عمله عدد مناسب من العاملين ٠

وتختص أمانة الهيئة بما يلى :

١ ــ الاعداد لاجتماعات الهيئة ومتابعة تنفيذ قراراتها ٠

٢ ــ الاتصال بالبنوك الاسلامية والمؤسسات المالية الأعضاء لطلب البيانات والمعلومات اللازمة فى الموضوعات المعروضة على الهيئة ٠

٣ ــ متابعة تجميع فتاوى وقرارات هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك والمؤسسات المالية الأعضاء فى الاتحاد ٠

٤ ــ معاونة رئيس الهيئة فى اعداد التقرير الدورى عن انجازات الهيئة وأعمالها ٠

٥ ــ تصنيف الفتاوى والقرارات الصادرة عن الهيئة العليا وهيئات الرقابة الشرعية بالبنوك والمؤسسات المالية الأعضاء بالاتحاد ٠

٦ ــ موافاة البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء بالاتحاد بقرارات وتوجيهات الهيئة ٠

٧ ــ اعداد الفتاوى التى تصدر عن الهيئة للنشر سنويا بالتعاون مع الأمانة العامة للاتحاد ٠

٨ ــ اعداد الميزانية التقديرية السنوية للهيئة ٠

٩ ــ تسجيل محاضر جلسات الهيئة وتدوينها وموافاة البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء بها ٠

١٠ ــ القيام بما يوكل اليها من أعمال أخرى من شأنها تمكين الهيئة من أداء عملها ٠

مادة ١٢ ــ يعبر رئيس الهيئة ونائبها وأمينها وأعضاؤها عن قرارات الهيئة ٠ فاذا كان لهم رأى شخصى وجب النص على ذلك ٠

مادة ١٣ ـــ الميزانية :

تقترح الهيئة ميزانية تقديرية سنوية لمواجهة الأعباء المترتبة على أداء عملها وترفع الى مجلس الاتحاد لاعتمادها وتمويلها •

أحـــكام ختـــامية

مادة ١٤ ـــ (١) يلغى كل ما يتعارض مع هذه اللائحة من أحكام وقرارات سابقة •

(٢) تقوم الهيئة بوضع لائحة داخلية لنظام واجراءات عملها وتعتمد من مجلس الهيئة •

مادة ١٥ ـــ تكون هذه اللائحة نافذة من تاريخ تصديق مجلس ادارة الاتحاد عليها ويكون لهـا أثر رجعى فيما يتصل برئيس الهيئـة ونائبه وأمين الهيئـة •

تم تصديق مجلس ادارة الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية على اللائحة بجلسته الثالثة عشر بتاريخ ٨ من شوال ١٤٠٣ هـ (الموافق ١٨ يوليو ١٩٨٣ م) •

أمين الهيئـة

د• عبد الحميد البعلى

* * *

أهـم المراجـع (*)

١ ـ اعلام الموقعين ـ لابن القيم ـ بتحقيق محمـد محيى الدين عبد الحميد ـ طبعة ثانية ـ دار الفكر ـ بيروت ١٣٩٧ هـ (١٩٧٧ م).

٢ ـ الموافقات ـ للشاطبى ـ بتحقيق الشيخ عبـد الله دراز ـ دار البـاز للنشر والتوزيع بمكة المكرمة .

٣ ـ أصول الفقـه ـ محمد أبو زهرة ـ طبعة ١٩٧٣ ـ دار الفكر العربى .

٤ ـ أصول الفقـه ـ محمـد مصطفى شلبى ـ طبعة ثالثة ـ دار النهضة العربية .

٥ ـ تيسير مصطلح الحديث ـ د. محمود الطحان ـ طبعة ثانية ـ مطبعة دار القرآن الكريم .

٦ ـ شرح الأسنوى لمنهاج الأصول على هامش شرح التحرير .

٧ ـ مباحث الحكم عند الأصوليين ـ د. محمد سلام مدكور ـ طبعة ثانية ـ دار النهضة العربية .

٨ ـ المدخل للفقه الاسلامى ـ د. محمد سلام مدكور ـ طبعة ١٩٦٠ ـ مطبعة الرسالة .

(*) ملحوظة : البيان التفصيلى للمرجع مذكور قرينه فى موضعه من المتن أيضـا .

٩ ـ الرسائل الكبرى ـ لابن تيمية ـ طبعة ١٤٠٠ هـ ـ مكتبة أنس بن مالك .

١٠ ـ ارشاد الفحول ـ للشوكانى .

١١ ـ المفردات ـ للراغب الأصفهانى .

١٢ ـ المبسوط ـ للسرخسى ـ طبعة أولى ـ طبع السعادة .

١٣ ـ نظرية الشرط ـ د. حسن الشاذلى ـ رسالة دكتوراة ـ كلية الشريعة والقانون ـ جامعة الأزهر ـ دار الاتحاد العربى للطباعة .

١٤ ـ موسوعة الاستثمار ـ د. سيد الهوارى ـ من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

١٥ ـ موسوعة التنظيم ـ د. سيد الهوارى ـ من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

١٦ ـ موسوعة الموارد البشرية ـ د. سيد الهوارى ـ من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الاسلامية .

١٧ ـ العمل والعمال ـ د. عدنان التركمانى (رسالة دكتوراة) ـ كلية الشريعة ـ جامعة القاهرة بالقاهرة .

١٨ ـ شركات الاستثمار ـ د. حسنى المصرى ـ طبعة ١٩٨١ ـ دار النهضة العربية .

١٩ ـ مجلة الأحكام العدلية .

٢٠ ـ صفوة التفاسير ـ محمد على الصابونى ـ دار القرآن الكريم ـ بيروت .

٢١ ـ تاريخ الطبرى .

٢٢ ـ العقود وعمليات البنوك التجارية ـ د. على البارودى ـ طبعة ثانية ـ مكتبة منشأة المعارف بالاسكندرية ـ سنة ١٩٦٨

٢٣ ـ اقتصاديات النقود والبنوك ـ د. عبد النبى حسن يوسف ـ طبعة سادسة ـ مكتبة عين شمس بالقاهرة .

٢٤ ـ الأوراق التجارية ـ د. محمد حسنى عباس ـ طبع دار النهضه العربية سنة ١٩٦٧

٢٥ ـ المنجد فى اللغة والأدب والعلوم ـ لويس معلوف اليسوعى ـ المطبعة الكاثوليكية ـ بيروت .

٢٦ ـ أحكام القرآن ـ لابن العربى ـ بتحقيق الشيخ على محمد البجاوى ـ طبعة ١٣٧٦ هـ (١٩٥٧ م) طبع دار احياء الكتب العربية ـ عيسى الحلبى وشركاه .

٢٧ ـ فتح القدير ـ دار المعرفة ـ بيروت .

٢٨ ـ أحكام القرآن ـ للجصاص ـ طبع دار الكتاب العربى ـ بيروت .

٢٩ ـ أساسيات العمل المصرفى الاسلامى ـ د. عبد الحميد البعلى ـ طبع مكتبة وهبة .

٣٠ ـ الفتاوى ـ لشيخ الاسلام ابن تيمية ـ طبعة ١٣٢٩ هـ ـ مطبعة كردستان العلمية بمصر .

٣١ ـ بدائع الصنائع ـ للكاسانى ـ طبع الجمالية بمصر سنة ١٩١٠ .

٣٢ ـ حاشية ابن عابدين ـ طبعة ١٣٢٩ هـ ـ طبع دار سعادة .

٣٣ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق ـ للزيلعى .

٣٤ ـ المجموع ـ للنووى ـ طبع التضامن الأخوى .

٣٥ ـ القوانين الفقهية ـ لابن جزىء ـ طبعة ١٩٦٨ ـ طبع دار العلم للملايين ـ بيروت .

٣٦ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك ـ طبع دار احياء الكتب العربية ـ عيسى الحلبى وشركاه .

٣٧ ـ الدسوقى على الشرح الكبير ـ للدردير .

٣٨ ـ الزرقانى على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية البنانى ـ طبع دار الفكر ١٣٩٨ هـ (١٩٧٨ م) .

٣٩ ـ مرشد الحيران على الموطأ ـ مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٣٧٩ هـ .

٤٠ ـ فقه المرابحة ـ د. عبد الحميد البعلى ـ دار السلام بالقاهرة .

٤١ ـ أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ـ د. محيى الدين اسماعيل علم الدين .

٤٢ ـ الموطأ مع المنتقى ـ طبع السعادة سنة ١٣٣٢ هـ .

٤٣ ـ الأم ـ للشافعى ـ طبعة أولى ـ المطبعة الأميرية ـ بولاق .

٤٤ ـ بيع المرابحة ـ اصدار مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى ـ الطبعة الثامنة ـ طبع الرسالة للطبع والنشر .

٤٥ ـ مواهب الجليل شرح مختصر خليل ـ الحطاب .

٤٦ ـ منحة الخالق على البحر الرائق .

٤٧ ـ ندوة البركة من ١٧ الى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بالجزائر .

٤٨ ـ المقدمات الممهدات ـ لابن رشد ـ مطبعة السعادة .

٤٩ ـ بداية المجتهد ـ لابن رشد ـ مطبعة الاستقامة سنة ١٩٥٢

٥٠ ـ المغنى ـ لابن قدامة ـ طبع دار المنار سنة ١٣٦٧ هـ .

٥١ ـ مسند الامام أحمد ـ بشرح أحمد محمد شاكر ـ طبع دار المعارف بمصر سنة ١٣٧٧ هـ .

٥٢ ـ تدريب الراوى ـ للسيوطى ـ المطبعة الخيرية بمصر .

٥٣ ــ صحيح الترمذى ــ بشرح ابن العربى ــ المطبعة المصرية بالأزهر .

٥٤ ــ نيل الأوطار ــ طبع مصطفى البابى الحلبى .

٥٥ ــ الغرر وأثره فى العقود ــ الصديق الضرير ــ الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠

٥٦ ــ الموسوعة العلمية والعلمية للبنوك الاسلامية ــ طبعة أولى سنة ١٩٨٣

٥٧ ــ القاموس المحيط ــ للفيروزآبادى الشيرازى .

٥٨ ــ المصباح المنير ــ للمقرى ــ الطبعة الخامسة ــ المطبعة الأميرية .

٥٩ ــ مصادر الحق ــ للسنهورى ــ طبعة دار احياء التراث العربى .

٦٠ ــ الهداية ــ طبع الحلبى بمصر .

٦١ ــ المدونة الكبرى ــ للامام مالك ــ طبعة ١٣٢٣ هـ ــ مطبعة السعادة بمصر .

٦٢ ــ القانون المدنى الأردنى .

٦٣ ــ القانون المدنى العراقى .

٦٤ ــ بيع المرابحة للآمر بالشراء ــ د. يوسف القرضاوى .

٦٥ ــ فتح البارى شرح صحيح البخارى ــ لابن حجر ــ طبعة ١٩٣٩ ــ طبع مصطفى الحلبى .

٦٦ ــ عمدة القارى شرح صحيح البخارى ــ طبعة ١٣٠٨ هـ دار الطباعة العامرة .

٦٧ ــ تهذيب سنن أبى داود ــ طبعة ١٣٦٩ هـ ــ طبع مصطفى محمــد ــ القاهرة .

٦٨ ــ الفروق ــ للقرافى ــ طبعة ١٣٤٥ هـ ــ طبع دار احيـاء الكتب العربية .

٦٩ ــ الملكية وضوابطها فى الاسلام ــ د. عبد الحميد البعلى .

٧٠ ــ المنتقى ــ للباجى ــ طبع دار الفكر العربى .

٧١ ــ المهذب ــ للشيرازى ــ طبع عيسى البابى الحلبى بالقاهرة .

٧٢ ــ منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ــ طبع مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٧٢ هـ .

٧٣ ــ الجامع الصحيح للترمذى ــ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ــ طبع مصطفى الحلبى .

٧٤ ــ معــالم السنن ــ للخطابى ــ مطبوع مع مختصر سـنن أبى داود .

٧٥ ــ نظرية العقد ــ لابن تيمية ــ طبع أنصار السنة المحمدية .

٧٦ ــ زاد المعــاد ــ لابن القيم .

٧٧ ــ السنن الكبرى ــ للبيهقى .

٧٨ ــ صحيح مسلم ــ طبع دار المعارف العثمانية ــ بحيدر آباد ــ سنة ١٣٥٤ هـ .

٧٩ ــ صحيح مسلم بشرح النووى ــ المطبعة العلمية سنة ١٣١٣هـ .

٨٠ ــ سنن أبى داود ــ مطبعة السـعادة سـنة ١٣٦١ هـ .

٨١ ــ العناية بهامش فتح القدير ــ المطبعة الأميرية بمصر .

٨٢ ــ الشرح الكبير ــ لابن قدامة ــ طبعة جامعة الامام محمـد ابن سعود الاسلامية .

٨٣ ــ الالتزامات فى الشرع الاسلامى ــ أحمد ابراهيم .

٨٤ ــ الأشباه والنظائر ــ لابن نجيم الحنفى ــ تحقيق عبد العزيز الوكيل ــ طبع مؤسسة الحلبى وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ (١٩٦٨ م) .

٨٥ ــ المنثور فى القواعد ــ للزركشى ــ تحقيق تيسير فائق أحمد محمود ــ مؤسسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت .

٨٦ ــ الأشباه والنظائر ــ لابن رجب ــ دار احياء الكتب العربية .

٨٧ ــ القواعد الفقهية ــ د. على أحمد الندوى ــ طبع دار العلم ــ دمشـــق .

٨٨ ــ المجلة الاقتصادية التى يصدرها البنك المركزى .

٨٩ ــ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ــ د. على جمال الدين ــ طبع دار النهضة العربية سنة ١٩٨١

٩٠ ــ الروض المربع شرح زاد المستقنع ــ للبهوتى ــ وحاشيتها للشيخ عبد العزيز العنقرى ــ مكتبة الرياض الحديثة .

٩١ ــ مقدمة فى النقود والبنوك ــ د. محمد زكى شافعى ــ طبع دار النهضة العربية سنة ١٩٨٢



محتويات الكتاب

الصفحه

الصفحة

الفصل الأول

الضوابط الفقهية للخدمات المصرفية

(٣٥ ـ ٨٨)

الصفحة

الفصـــل الثانى
المشكلات العملية فى بيع المرابحة
على ضوء الأصول الشرعية
(٨٩ ــ ١٥٦)

الصفحة

الفصل الثالث

الضمانات فى المعاملات المصرفية الاسلامية

(١٥٧ ــ ١٩٠)

الصفحة

الصفحة

الفصل الرابع
هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية
(١٩١ ـ ٢٨٠)

الصفحة

الصفحة

* * *

● **المؤلف فى سطور :**

المؤلف مصرى ولد فى بنها عام ١٩٤٣ • وتقلب وتقلد الوظائف القضائية آخرها مستشار بمجلس الدولة ـ وكذلك وظائف التدريس الجامعى فعمل أستاذ الفقه المقارن المشارك ورئيس قسم الاقتصاد بكلية الشريعة وأصول الدين بـ « أبها » ـ جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ـ وأستاذ الفقه المقارن والاقتصاد الاسلامى بالمعهد الدولى للبنوك والاقتصاد الاسلامى بقبرص ـ وأمين الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية •

وجه المؤلف اهتماماته العلمية الى البحوث المقارنة من جوانب ثلاثة : « القانونية ـ والاقتصادية ـ والفقهية » فى تصديه لتناول ومعالجة المشاكل الفكرية والعملية المعاصرة وبخاصة فى النواحى الاقتصادية •

● **المؤهلات العلمية :**

١ ـ الدكتوراة فى الفقه المقارن بمرتبة الشرف الأولى من كلية الشريعة والقانون ـ جامعة الأزهر •

٢ ـ الماجستير فى الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون ـ جامعة الأزهر •

٣ ـ دبلوم الدراسات العليا فى الشريعة الاسلامية من كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة •

٤ ـ دبلوم الدراسات العليا فى القانون العام من كلية الحقوق جامعة عين شمس •

٥ ـ دراسات فى اللغة الفرنسية والانجليزية من المعهد البريطانى والجامعة الأمريكية بالقاهرة والمعهد الفرنسى بالقاهرة •

٦ ـ ليسانس الحقوق من كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة •

* * *

رقم الايداع بدار الكتب ٤١١٥/١٩٩١

دار التوفيق النموذجية للطباعة
ت: ٩٢٥٣٠٤
الأزهر، ٣ ميدان ابو مسلم - بجوار جامع الدعاء

هذا الكتاب

- تصارعت المذاهب والنظم الاقتصادية .. فهذا اقتصاد حر . وهذا اقتصاد موجّه .. وذاك اقتصاد اشتراكى ... وكلها تقوم على أساس « الربا » فى المعاملات ..
- وفى الآونة الأخيرة - **قامت الصحوة الإسلامية** - ونفضت الغبار عن الفكر الاقتصادى الإسلامى.. وذلك بإقامة البنوك الإسلامية التى تقوم بجميع الأعمال المصرفية.. بعيدة عن نظام «الربا » .. ونجحت الفكرة .. وأثناء التطبيق ظهرت بعض الجوانب التى تحتاج الى - سد الثغرات - بالمفهوم الإسلامى - الشرعى .. والقانونى ..
- وهذا الكتاب « **الاستثمار والرقابة الشرعية .. فى البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية .. دراسة فقهية وقانونية ومصرفية** » .. يلقى الأضواء على « **الأحكام فى مفهوم البنك الإسلامى ونشاطاته** ».. ثم يبيّن « **الضوابط الفقهية للخدمات المصرفية** » .. ثم يوضح ما هى « **المشكلات العملية فى بيع المرابحة .. على ضوء الأصول الشرعية** » .. وما هى « **الضمانات فى المعاملات المصرفية الإسلامية** ». وأهمية الدور الذى تقوم به « **هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية** » .. وبيان كيفية تكوينها وتشكيلها..إلخ ..
- **ومؤلف الكتاب** : حاصل على « **الدكتوراة** » فى الفقه المقارن - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر- بمرتبة الشرف الأولى - تقلب فى العديد من المناصب القضائية والجامعية .. والممارسة العملية فى أعمال البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية .. يفرّغ لنا فى هذا الكتاب خبرته .. ومعاناته ..
- ويسر **مكتبة وهبة** : أن تقوم بنشر هذا الكتاب .. لنشر وعى اقتصادى ومصرفى رشيد .. فى مجال البنوك الإسلامية .. وبالله التوفيق .

مكتبة وهبة